Die Rechtsstellung des infolge arglistiger Täuschung Enterbten,

insbesondere seine Rechtsbehelfe.

(Ein Beitrag zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz)

Abhandlung
zur Erlangung der Doktorwürde
vorgelegt der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Rheinischen Friedrich-
Wilhelms-Universität zu Bonn

von

Alfred Treppe
Referendar in Berlin.

Bonn 1929.
Druck: Concordia A.-G., Posen.

Die Rechtsstellung des infolge arglistiger Täuschung Enterbten,

insbesondere seine Rechtsbehelfe.

(Ein Beitrag zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz)

Abhandlung
zur Erlangung der Doktorwürde
vorgelegt der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Rheinischen Friedrich-
Wilhelms-Universität zu Bonn

von

Alfred Treppe
Referendar in Berlin.

Bonn 1929.
Druck: Concordia A.-G., Posen.

Angenommen auf Bericht des

Professors Dr. Dölle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0037

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 11

I. Teil.

Die einzelnen Rechtsbehelfe.

1. Erbrechtliche Rechtsbehelfe

§ 1. a) Die Anfechtung des Testaments nach § 2078 B.G.B. 13

§ 2. b) Die Erbunwürdigkeitsklage gegen den Erbschleicher und die Anfechtung seines Pflichtteils wegen Erbunwürdigkeit (§§ 2339 I Nr. 3, 2345) 18

§ 3. c) Der Pflichtteilsanspruch 26

§ 4. 2. Schadensersatzklage des Enterbten gegen den Erbschleicher gemäß §§ 823 ff. 27

II. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander.

§ 5. a) Grundsätzliches über die Konkurrenz von Normen 30

b) Die Konkurrenz der erbrechtlichen Rechtsbehelfe 42

§ 6. 1. Das Verhältnis der §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 zueinander 42

§ 7. 2. Das Verhältnis von §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 und 2345 II zueinander 53

§ 8. 3. Das Verhältnis des Pflichtteilsanspruchs zu § 2078 II und § 2339 I Nr. 3 bzw. § 2345 II 54

c) Die Konkurrenz der erbrechtlichen Rechtsbehelfe und der Klage nach §§ 823 ff. 56

§ 9. 1. Das Verhältnis der Testamentsanfechtung und der Erbunwürdigkeitsklage zu der Klage nach §§ 823 ff. 56

§ 10. 2. Das Verhältnis der §§ 2303, 2345 II zu §§ 823 ff. 62

Schluß.

§ 11. Die Rechtsstellung des Enterbten nach Durchführung der ihm auf Grund der arglistigen Täuschung des Erblassers unmittelbar zustehenden Rechtsbehelfe 64

Literaturverzeichnis.

Baden: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrecht, Berlin 1906
Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II, Weimar 1889.
Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II. Teil, Gotha 1883.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. V, Tübingen 1912.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Jena 1906.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, II. Bd., 2. Abt., 6. Aufl. Halle 1915.
Dobrzynski: Der Irrtum im Beweggrunde bei letztwilligen Verf. unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten, Berlin 1903.
Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Kom. zum Strafgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1925.
Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1. und 2. Auflage, Berlin 1904.
Ehrenzweig: System des österr. allgem. Privatrechts, I. Bd. 1. Hälfte, 6. Aufl., Wien 1925.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd., 1. und 2. Hälfte, 8. und 9. Aufl., Berlin 1919, 1920.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
I. Bd., 1. Abt. 25.—29. Aufl., Marburg 1926,
I. Bd., 2. Abt. 23.—27. Aufl., Marburg 1927,
II. Bd., 1. Abt. 22.—26. Aufl., Marburg 1927,
II. Bd., 3. Abt. 19.—21. Aufl., Marburg 1928.
Fischer, H. A.: Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 117, S. 141 ff.
Fischer, O.: Der Fehlschlag von Erwartungen bei Verfügungen von Todeswegen, Jherings Jahrb. f. Dogmatik d. bürgerl. Rechts, Bd. 71, S. 187 ff.
Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 11. Aufl., München 1921.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen, 1926.
Frommhold: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.
Hartmann: Die Obligationen, Erlangen 1875.
Haußmann: Die Rechtsbehelfe des auf Grund argl. Täuschung Enterbten, Berlin 1908.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Bd., Leipzig 1903.
System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, Leipzig 1912.
Grenzen der Rückwirkung, in der Festschrift für die jur. Fakultät der Universität Gießen, Gießen 1907.
Henle: Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung, in der Festschrift für Zitelmann, Bonn 1913.
Jehle: Die rechtliche Beurteilung der Erbschleicherei, München 1917.
Joachimczyk: Die Wirkung einer argl. Täuschung des Erblassers bei Testamentserrichtung vom Gesichtspunkte des Irrtums und der Erbunwürdigkeit, Borna-Leipzig 1906.
Kaufmann, Felix: Logik und Rechtswissenschaft, Tübingen 1922.
Die Kriterien des Rechts, Tübingen 1924.
Klein: Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, Berlin 1905.

Kipp: Rechtswahrnehmung und Neurecht, in der Festgabe der jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch, Berlin 1903, S. 110 ff.
Über Doppelwirkungen im Recht, in der Festschrift der Berliner jur. Fakultät für Martitz, Berlin 1911, S. 211 ff.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903.
Die Wirkungen derch naträglich eintretenden Unmöglichkeit bei Erfüllung gegenseitiger Verträge nach dem B.G.B., Jena 1900.
Kohler: Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 29, S. 1 ff.
Zivilprozeß- und Konkursrecht, in Holtzendorff-Kohler Encyklopädie, Bd. III, S. 256 ff. 7. Aufl.,Berlin-Leipzig 1913.
Kommentar von R.-G.-Räten, V. Bd., 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.
Krug: Die Geltung des Willensdogmas bei einseitigen letztwilligen Verfügungen, Mainz 1908.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.
Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Leipzig 1912.
Leonhard: Kom. zum bürgerl. Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, V. Buch, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.
Beiträge zur Irrtumslehre, Deutsche Jur. Ztg., 1905, S. 20.
von Liszt: Die Deliktstobligationen im System des bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1898.
von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin und Leipzig 1927.
von Mayr: Bereicherungsanspruch des bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.
Motive zum Entwurf eines B.G.B., Bd. V. Berlin 1888.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, Stuttgart 1891.
Örtmann: Kom. zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 1. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927, 2. Recht d. Schuldverh. 1. Abt., 5. Aufl., Berlin 1928.
Planck: Kom. zum bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverh. 4. Aufl., Berlin 1914.
V. Bd. Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1908.
Poltrock: Die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit und ihre Wirkung nach dem bürgerl. Gesetzbuch, Berlin 1912.
Protokolle der Komm. f. d. 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. IV, V, Berlin 1899.
Rabs: Der Einfluß des Irrtums im Beweggrunde bei letztwilligen Verfügungen, Borna-Leipzig 1904.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.
Riezler: Venire contra proprium factum, Leipzig 1912.
Rosenberg: Kom. zum bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, 1. Hälfte, München 1919.
Schlegelberger: Kom. zu den Gesetzen über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1927.
Schloßmann: Der Vertrag, Leipzig 1876.
Schmidt: Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1910.
Schmidt, Rudolf: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915.

Schulz: Der Irrtum im Beweggrunde bei der testamentarischen Verfügung, in der Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Berlin 1927, S. 70 ff.
Schuppe: Die metaphysisch-naturwissenschaftliche Richtung in der Jurisprudenz, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 34, S. 801 ff.
Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in der Festgabe der jur. Gesellschaft zu Berlin für Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.
Seuffert: Kom. zur Zivilprozeßordnung, Bd. I, 11. Auflage, München 1910.
Staudinger-Riezler: Kom. zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, I. Bd., 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.
Staudinger-Herzfelder: V. Bd., 9. Aufl., München, Leipzig, Berlin 1928.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I. Bd., 13. Aufl., Tübingen 1926.
Strohal: Das deutsche Erbrecht, I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903.
von Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd., Leipzig 1910, II. Bd. 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, Bonn 1896.
Feststellungsanspruch, Leipzig 1888.
Wach und Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft, Drei Rechtsgutachten, Leipzig 1899.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1903.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I und III, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1871.

Einleitung.

Das im Interesse der Allgemeinheit berechtigte Streben des Gesetzgebers alles für den rechtlichen Verkehr als erheblich erkannte menschliche, Verhalten von den verschiedensten Blickpunkten aus betrachtet Normierungen zu unterwerfen, bringt es mit sich, daß oft ein und derselbe Vorgang mehreren Gesetzesbestimmungen subsumiert werden kann. Eine solche an sich vorhandene Anwendbarkeit mehrerer Normen auf tatsächliches Geschehen ist auch in dem Falle gegeben, daß jemand infolge einer arglistigen Täuschung des Erblassers bei Testamentserrichtung enterbt wird. Das Gesetz weist eine Fülle von Normen auf, deren Tatbeständen dieser Vorgang untergeordnet werden kann. In diesem wie in jedem solchen Falle mehrfacher Subsumierbarkeit erhebt sich wegen der an das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandes geknüpften Rechtsfolgen die für die Rechtsstellung sowohl des durch die Norm Berechtigten als auch des durch die Norm Verpflichteten wichtige Frage, ob die Rechtsfolgen der einzelnen Gesetze von dem Berechtigten sämtlich und willkürlich verwirklicht werden können oder ob dieser in seiner Wahl beschränkt ist. Die Rechtsstellung des infolge arglistiger Täuschung des Erblassers Enterbten insbesondere unter diesen Gesichtspunkten zu prüfen, soll die Aufgabe dieser Arbeit sein.

Da für die Entscheidung dieser Frage die Feststellung von Wichtigkeit ist, an welche Voraussetzungen das Entstehen der einzelnen Rechtsbehelfe geknüpft ist, und welche Wirkungen diese im einzelnen nach sich ziehen, ist es zunächst erforderlich, jeden Rechtsbehelf für sich nach seinen Voraussetzungen und Wirkungen zu betrachten. Dies soll im ersten Teil der Arbeit geschehen. Im zweiten Teil wird sodann versucht werden, allgemeine Grundsätze zur Lösung der Konkurrenzfragen aufzustellen, und an Hand dieser die Entscheidung getroffen werden, in welchem Verhältnis die einzelnen Rechtsbehelfe zu einander stehen. Abschließend soll die Rechtsstellung des Enterbten nach Verwirklichung der ihm auf Grund der arglistigen Täuschung des Erblassers *unmittelbar* zustehenden Rechtsbehelfe untersucht werden.

1. Teil.

Die einzelnen Rechtsbehelfe.

1. Erbrechtliche Rechtsbehelfe.

§ 1.

a) Die Anfechtung des Testaments nach § 2078 BGB.

Die Anfechtung wegen Willensmangels ist für das Erbrecht in §§ 2078 ff. besonders neben dem allgemeinen Teil des BGB. geregelt. Die allgemeinen Bestimmungen über die Anfechtung von Willensmängeln können also nur insoweit auf die Anfechtung von letztwilligen Verfügungen Anwendung finden, als sie nicht durch die spezielle, den erbrechtlichen Verhältnissen angepaßte Regelung ihre Bedeutung für diese verlieren. So sind die Vorschriften der §§ 119, 121, 123, 124 über Anfechtungsgründe, Anfechtungserklärung und -frist durch die §§ 2078 —2082 ersetzt, sowie die in §§ 123 I, 119 genannten Berechtigten durch die Abgrenzung des zur Anfechtung berechtigten Personenkreises in § 2080 ausgeschlossen.[1])

Ferner kommt § 143 bezüglich der Form der Anfechtung nur in den durch § 2081 I, III nicht betroffenen Fällen zur Anwendung. Dagegen gilt im vollen Umfange § 142. Das alles ist unstreitig. Streit herrscht nur über die Anwendgbarkeit des § 144. Die Möglichkeit einer Bestätigung des Testaments durch den Anfechtungsberechtigten ist aber zu verneinen.[2])

Für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen arglistiger Täuschung hat praktische Bedeutsamkeit hauptsächlich § 2078 II, während § 2078 I für die Fälle arglistiger Täuschung von geringer Bedeutung ist. Dies wird sogleich verständlich, wenn man die Tatbe-

---

[1]) § 120 kommt ebensowenig wie § 117 und § 122 für letztwillige Verfügungen in Betracht.

[2]) Denn bestätigen kann man nur seine eigene Erklärung, so auch Kipp Erbrecht § 22. XI., Staudinger Bem. 1 zu §§ 2078, 2079. A.A. Fr. Leonhard § 2080 VII, Planck-Strecker §§ 2078—2083, 2 bδ, von Tuhr, D.J.Z. 1901. S. 425. Der Einwand von Tuhrs a. a. O., daß sonst auch bei einem anfechtbaren Geschäft unter Lebenden der anfechtungsberechtigte Erbe nicht bestätigen könnte, kann nicht durchgreifen. Da der Erbe insoweit die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzt, ist natürlich das Bestätigungsrecht auf den Erben übergegangen.

stände beider Normen vergleicht. § 2078 I entspricht dem § 119 1. des allgemeinen Teils, der den Geschäftsirrtum als Anfechtungsgrund nennt,[3]) während § 2078 II den Motivirrtum[4]) des Erblassers „die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes" seitens des Erblassers für erheblich erklärt, wenn diese ihn zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung bestimmte. Selten wird es der Fall sein, daß der Testator gerade über den Inhalt seiner Erklärung getäuscht wurde und infolgedessen sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befand, oder daß er durch Täuschung dazu verleitet wurde, eine Erklärung abzugeben, die er gar nicht abgeben wollte.[5]) Gewöhnlich wird der Erblasser von dem Erbschleicher[6]) über Umstände oder Verhältnisse des Erben oder des Erbschleichers oder über sonstige Umstände getäuscht werden und durch die so erweckte irrige Vorstellung zur Errichtung eines die Enterbung aussprechenden Testamentes motiviert werden.[7]) Aber selbst in den seltenen Fällen, wo der Erblasser gerade über den Inhalt seiner Erklärung getäuscht wurde, wäre jedesmal gleichzeitig neben der Anfechtung nach § 2078 I die Anfechtung nach § 2078 II gegeben. Denn seine irrige Vorstellung, die für die inhaltlich nicht gewollte Verfügung bestimmend war, enthält immer die irrige Annahme eines Umstandes. § 2078 II kommt also in jedem Falle einer arglistigen Täuschung zur Anwendung.

Bezüglich der Anwendbarkeit des § 2078 II ist strittig, ob die irrige Annahme des Testators der alleinige Beweggrund zur Errichtung der letztwilligen Verfügung sein muß[8]) oder ob es genügt, daß der Erblasser ohne jene bestimmte irrige Annahme die Verfügung nicht getroffen haben würde, mögen auch andere Vorstellungen oder Erwartungen mitgewirkt haben.[9]) Endemann meint, die Anfechtung sei nur gerechtfertigt, wenn die alleinige Zweckbestimmung

---

[3]) Mit dem Unterschied, daß es für § 2078 I nicht darauf ankommt, ob die Erklärung vom Erblasser bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben worden wäre.

[4]) Dem sonst nur im Falle des § 119 II vom Gesetz Bedeutung beigemessen wird.

[5]) Z. B. der Erblasser will nur die Kinder seiner vollbürtigen Geschwister zur Erbfolge berufen, nicht dagegen die Nachkommen seiner halbbürtigen Geschwister. Der Erbschleicher spiegelt ihm vor, dann brauche er nur zu erklären, daß die gesetzlichen Erben berufen sein sollten, dann seien die halbbürtigen Geschwister kraft Gesetzes ausgeschlossen.

[6]) Über den Begriff der Erbschleicherei vgl. die treffl. Def. Jehles, „Die rechtliche Bedeutung der Erbschleicherei", S. 27.

[7]) Z. B. der Erblasser wird über den Lebenswandel seiner Tochter getäuscht, vgl. die Fülle von Beispielen bei Endemann, Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts III. S. 524.

[8]) Endemann a. a. O. S. 523; Eck-Leonhard 3, 90; Mot. V 48..

[9]) Planck-Ritgen Erl. 2 a zu 2078, Staudinger-Herzfelder Erl. III, 2 zu 2078, 2079; R.G. 59 S. 39, 40; Dobrzynski S. 39; Rabs S. 43; Baden S. 10.

oder bei mehreren Gründen der eine oder alle ausschlaggebenden als irrig erwiesen sind; nur dann stehe fest, daß der Erblasser bei richtiger Kenntnis der Sachlage die Verfügung nicht getroffen haben würde. Endemanns Erfordernis ist bisher immer als zu weitgehend abgelehnt worden. Meines Erachtens besteht aber zwischen Endemann und der h. L. inhaltlich kein Unterschied. Die h. L. meint, § 2078 II verlange lediglich, daß der Erblasser durch den irrigen Beweggrund bestimmt worden ist. Eine solche Bestimmung liege aber auch dann vor, wenn außer der arglistigen Täuschung noch andere Umstände auf die Entschließung des Erblassers einwirkten.[10]) Diese Deduktion ist richtig, spricht aber nur scheinbar gegen Endemann. Denn die Auffassung der h. L. geht nicht dahin, die Gesamtheit aller Bedingungen für kausal im Sinne des § 2078 II zu erklären, so daß der irrige Beweggrund jeder beliebige unter all diesen Bedingungen sein könnte. Vom juristischen Standpunkt können und sollen als Umstände im Sinne des § 2078 II naturgemäß nur diejenigen gewertet werden, die für die Errichtung der letztwilligen Verfügung ausschlaggebend waren. So ist auch die h. L. zu verstehen, denn auch sie stellt es darauf ab, ob der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen oder nicht getroffen hätte.[11]) Ist dies aber der Fall, dann kommt es der h. L. in Wahrheit auch darauf an, ob die alleinige Zweckbestimmung oder bei mehreren Gründen der eine oder alle entscheidenden als irrig erwiesen sind. Es ist daher festzustellen, daß die Formulierungen Endemanns und der h. L. inhaltlich dasselbe besagen.

Natürlich ist nicht erforderlich, daß der Erblasser das ihn bestimmende irrige Motiv im Testament mitgeteilt hat.[12]) Hat er dies jedoch getan, so ist dieser Umstand für die Stellung des Enterbten in zwiefacher Richtung von Bedeutung. Einmal wird ihm dadurch der Nachweis leichter gemacht, daß den Erblasser die im Testament genannte irrige Vorstellung zu der Enterbung veranlaßte. Über diese im wesentlichen nur die Beweisführung erleichternde Wirkung hinaus kann aber die Aufnahme des Motivs in das Testament ihn überhaupt von der Notwendigkeit befreien, das Testament anfechten zu müssen, um Erbe zu werden, dann nämlich, wenn aus diesem Umstande der Wille des Erblassers zu entnehmen ist, daß der Erblasser ihn nur unter der Bedingung enterbt wissen wollte, daß seine

---

[10]) R.G. 59, S. 38.

[11]) Vgl. besonders R.G. 59, S. 41 und Staudinger-Herzfelder Erl. III 2 zu §§ 2078, 2079.

[12]) Anders der 1. Entwurf § 1781. Dieser wollte dem Motivirrtum des Erblassers nur dann Beachtung schenken, wenn der Irrtum aus der Verfügung zu entnehmen ist oder die (irrige) Voraussetzung in derselben ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Mot. V. 50.

Vorstellung den Tatsachen entspricht. Ist ein solcher Wille erkennbar, [13]) dann ist eine Anfechtung weder nötig noch möglich, denn in diesem Falle ist ja die Wirksamkeit der Willenserklärung des Erblassers von der Richtigkeit der ihn beherrschenden Vorstellung abhängig gemacht.

Zu beachten ist, daß nach § 2078 II eine letztwillige Verfügung [14]) nur s o w e i t anfechtbar ist, als sie durch die arglistige Täuschung des Erblassers hervorgerufen worden ist. Hat also der Erblasser z. B. infolge einer arglistigen Täuschung den Erbteil eines schon eingesetzten Erben erhöht, dann unterliegt nur die Erhöhung der Anfechtung.

Der durch die Einschränkung des § 2078 zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers, nicht wegen eines Willensmangels in einzelnen Beziehungen die gesamten Intentionen des Erblassers zu Fall kommen zu lassen, tritt auch in der Bestimmung des § 2085 in Erscheinung. Im Gegensatz zu der allgemeinen Regel des § 139 zieht die Unwirksamkeit einer einzelnen von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen im Zweifel die Unwirksamkeit der übrigen n i c h t nach sich.[15])

---

[13]) Ein irgendwelcher Ausdruck in dieser Hinsicht genügt; selbst wenn dieser Wille nur andeutungsweise oder verborgen enthalten ist, kann er entwickelt, klargestellt und zur Geltung gebracht werden, vgl. Kipp, § 318, Anm. 6 und die dort angeführten Entscheidungen. Nicht aber kann man wie Danz „Auslegung der Rechtsgeschäfte" 2. Aufl., S. 231 einen solchen Willen berücksichtigen, wenn er im Testament überhaupt nicht zum Ausdruck gekommen ist. § 133 schreibt zwar vor, daß bei Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille erforscht werden soll und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist, und diese Bestimmung hat zwar eine ganz besondere Bedeutung für letztwillige Verfügungen, wo, anders als bei Rechtsgeschäften unter Leb enden, keine Rücksicht auf die Verkehrssicherheit genommen zu werdee braucht, vielmehr der wahre Wille des Erblassers im weitesten Maße Berücksichtigung finden kann (Strohal I 398 Nr. 8). Aber es darf doch nicht außer acht gelassen werden, daß für die Auslegung immer Ausgangspunkt das Testament bleiben muß. Ist ein Hinweis auf solchen Willen im Testament nicht vorhanden, ist für eine dahingehende Auslegung überhaupt kein Raum.

[14]) Ob in § 2078 dieser Ausdruck wie in § 2085 die einzelne im Testament getroffene Anordnung bedeutet oder gleichbedeutend mit Testament (§ 1937) gebraucht wird, ist zweifelhaft. Mit Baden S. 2 und Haußmann S. 13 ist anzunehmen, daß in § 2078 unter letztwilliger Verfügung die einzelne Verfügung zu verstehen ist. Die Frage ist aber — wie auch Haußmann hervorhebt — wegen Zulassung einer teilweisen Anfechtung durch § 2078 (vgl. oben im Text)ohne jede praktische Bedeutung. Denn selbst wenn man „letztwillige Verfügung" in § 2078 im Sinne von Testament verstehen würde, könnte die im Testament enthaltene einzelne Verfügung immer noch durch Teilanfechtung des Testaments aufgehoben werden.

[15]) Es ist also falsch, wenn Haußmann S. 14 sagt, die Spezialvorschrift des § 2085 bestimme die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen unter denselben Voraussetzungen wie § 139. Denn nach § 139 ist bei Teilnichtigkeit g e r a d e i m Z w e i f e l das ganze Rechtsgeschäft nichtig.

Zur Anfechtung berechtigt ist gemäß § 2080 derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, d. h. dessen Rechtslage durch den Wegfall der letztwilligen Verfügung unmittelbar verbessert würde. Es scheiden also aus dem Kreis der Personen, die infolge einer arglistigen Täuschung des Erblassers nicht zur Erbfolge gelangen, alle diejenigen aus, die weder gekorene noch geborene Erben waren, bevor der Erblasser das sie ausschließende Testament errichtete. Denn die Rechtslage dieser würde durch die Aufhebung des Testaments keine Verbesserung erfahren. Enterbt werden im Sinne des § 2080 kann nur, wer schon Erbe ist.[16]) Der hiernach Enterbte kann innerhalb der Jahresfrist des § 2082, die mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in welchem der Enterbte von dem Anfechtungsgrunde, d. h. von der anzufechtenden Verfügung und den das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen Kenntnis erlangt, die letztwillige Verfügung anfechten.

Den Weg, auf welchem der Enterbte sein Recht verwirklichen kann, weist § 2081. Danach erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht.[17]) Dieses ist im allgemeinen gemäß Art. 147 E. G. das Amtsgericht (§ 72 F. G. G.), und zwar dasjenige, in dessen Bereich der Erblasser zur Zeit des Erbfalles seinen Wohnsitz hatte (§ 73 F. G. G.). Eine besondere Form für diese Erklärung schreibt das Gesetz nicht vor; sie kann daher schriftlich oder auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden (§ 11 F. G. G.). Letztere Möglichkeit wird allerdings von Staudinger[18]) bestritten. Staudinger meint, daß die Erklärungsabgabe zu Protokoll des Gerichtsschreibers nicht genüge, da § 11 F. G. G. sich nicht auf solche Erklärungen beziehe, die vor oder gegenüber dem Gerichte vorgenommen werden müssen. Die Anfechtung müsse daher schriftlich oder mündlich gegenüber dem Nachlaßrichter erklärt werden. Diese Ansicht ist aber unrichtig. In der Sprache des Gesetzes besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Willenserklärungen, die vor oder gegenüber jemandem abzugeben sind. Unter Erklärungen ersterer Art sind solche zu verstehen, zu deren Vornahme die persönliche Anwesenheit des Erklärenden vor dem Richter erforderlich ist, z. B. Fälle, in denen das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt. Dagegen besagt der Ausdruck „*gegenüber dem Gericht*", daß dem Anfechtenden das Nachlaßgericht als Erklärungsempfänger gegenübersteht. Eine Erklärung, die aber gegenüber einer Behörde abzugeben ist, bedeutet wie jede Erklärung, die *gegenüber* einem anderen vorzunehmen ist, die formloseste

[16]) D. h. ein letztwillig oder gesetzlich Berufener.

[17]) Die Anfechtungserklärung ist also eine sogenannte amtsempfangsbedürftige Willenserklärung.

[18]) Erl. 2 A zu § 2081, § 1945 Erl. 2 zu a; ebenso Frommhold, Erbrecht S. 123.

Art einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (vgl. § 130 BGB.). Verlangt das Gesetz also nur eine solche, so genügt die Anbringung zu Protokoll des Gerichtsschreibers[19] [20]).

Die Wirkung der unter den geschilderten Voraussetzungen erfolgten Anfechtung bestimmt § 142 I. Danach ist die angefochtene letztwillige Verfügung als von Anfang an nichtig anzusehen und es tritt, je nachdem, ob durch die erlistete Verfügung eine frühere aufgehoben ist oder nicht, diese wieder in Kraft oder gesetzliche Erbfolge ein.

§ 2.

b) Die Erbunwürdigkeitsklage gegen den Erbschleicher und die Anfechtung seines Pflichtteils wegen Erbunwürdigkeit (§§ 2339 I Nr. 3, 2345)

Als weiterer erbrechtlicher Rechtsbehelf kommt für den infolge arglistiger Täuschung Enterbten die Anfechtung des Erbschaftserwerbes des Erbschleichers wegen Erbunwürdigkeit in Betracht. Sedes materiae sind die §§ 2339 ff.

Nach § 2339 I Nr. 3 ist erbunwürdig, wer den Erblasser durch arglistige Täuschung bestimmt hat, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder aufzuheben. Bezüglich des „Bestimmens" des Erblassers und des Begriffs der arglistigen Täuschung gilt dasselbe, was schon für die Anfechtung des Testaments gemäß § 2078 II gesagt ist. Während es aber für die Anwendbarkeit des § 2078 ohne Bedeutung war, wer getäuscht hat, weil jeder Irrtum des Erblassers ohne Rücksicht darauf, ob er durch Betrug verursacht ist oder nicht, die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung nach sich zieht, setzt § 2339 I voraus, daß ein letztwillig Eingesetzter oder ein gesetzlicher Erbe die den Erblasser motivierende Täuschung vorgenommen hat. Fraglich kann sein, falls ein anderer die Täuschung

[19]) So auch Schlegelberger Kom. z. F. G. G. Anm. 5 zu § 11 F. G. G. und die dort Aufgeführten.

[20]) Bestreitet der Erbschleicher das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes oder behauptet er, daß die Anfechtung nicht binnen Jahresfrist gemäß § 2082 erfolgt sei, dann muß der Enterbte Klage erheben auf Feststellung, daß die letztwillige Verfügung zu Recht angefochten ist. In der Klageschrift muß er sein Recht zur Anfechtung, die Tatsache der Anfechtung sowie den Irrtum des Erblassers behaupten und eventuell beweisen. — Als unhaltbar erscheint die kritiklos von Staudinger-Herzfelder III 2 zu §§ 2078, 2079, Fischer Dogm. J. 71, S. 203 übernommene Ansicht des R.G. 59 S. 40: dem Anfechtungsgegner sei der Beweis nicht freizulassen, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage ebenso verfügt hätte. — Dagegen mit Recht Schulz „Gedächtnisschrift für Seckel" S. 73, Anm. 5 und Leonhard II D. zu § 2078. Denn falls der Erblasser ohne den Irrtum ebenso verfügt hätte, fehlt der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Irrtum des Erblassers und der Verfügung.

verübt hat, ob in diesem Falle der durch die Tat Begünstigte erbunwürdig ist, wenn er Anstifter zu der Täuschung oder Gehilfe des Täuschenden war.

Das Gesetz erwähnt diese Teilnahmeformen nicht, und da wegen ihrer Aufzählung die in § 2339 I genannten Erbunwürdigkeitsgründe als ausschließliche bezeichnet werden,[21]) könnte man meinen, daß nur Täterschaft erbunwürdig macht. Eine solche Annahme verstößt aber gegen jedes gesunde Rechtsgefühl. Zwar nicht der Täter, wohl aber der Anstifter und der Gehilfe soll erbwürdig sein und die Vorteile seiner Tat behalten können? Es muß genügen, daß der Begünstigte, sei es als Anstifter oder als Gehilfe, zu dem Betruge tätig geworden ist. Die vom Gesetzgeber für das Gebiet der unerlaubten Handlungen angeordnete Gleichsetzung von Täterschaft und Teilnahme in § 830 II muß auch für § 2339 I gelten. Die Übernahme des dort ausgesprochenen Gedankens rechtfertigt sich auch aus der Gleichlagerung der beiden Normenkomplexe. Beide knüpfen an die Verletzung von Rechtsgütern und Schutzgesetzen an (§ 823 I, § 823 II; § 2339 I) und da jeder der in § 2339 aufgezählten Erbunwürdigkeitsgründe sich als Tatbestand einer strafbaren Handlung darstellt, würde es als ganz besonders befremdlich erscheinen, die im Strafrecht selbstverständliche Gleichstellung der Täterschaft und Teilnahme hier nicht anzunehmen.[22])

Hinsichtlich der Berechtigung zur Geltendmachung der Erbunwürdigkeit bestimmt § 2341, daß jeder anfechtungsberechtigt ist, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommen würde. Bedeutet auch diese Regelung eine Erweiterung des Berechtigtenkreises gegenüber § 2080, so gehört doch nicht jeder im Sinne des § 2080 Enterbte notwendig zu dem Kreis der Anfechtungsberechtigten nach § 2341. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn der Enterbte nicht gesetzlich, sondern letztwillig berufen war und dem nunmehr eingesetzten Erbschleicher ein Ersatzerbe bestimmt ist. Gegenstand der Anfechtung ist nach § 2340 der Erbschaftserwerb des Erbschleichers. Wird dieser für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt (§ 2344 I). Das den Enterbten ausschließende Testament bleibt aber bestehen, da es durch die Erbunwürdigkeitserklärung des Erbschleichers hinsichtlich der sonstigen in ihm getroffenen Anordnungen nicht berührt wird. Es tritt also der dem Erbunwürdigen bestimmte Ersatzerbe ein. Ist also der Enterbte nicht gesetzlicher Erbe, sondern nur letztwillig berufen gewesen, so steht ihm ein Anfechtungsrecht nicht zu, da ihm dann weder unmittelbar noch mittelbar der Wegfall des Erbunwürdigen zustatten kommt.

---

[21]) Planck-Strecker 1 zu § 2339, Leonhard I A zu § 2339.

[22]) Für Gleichstellung von Tätern und Teilnehmern auch Kipp, Erbrecht S. 141[8]; Baden a. a. O. S. 12.

Aber auch in vielen Fällen, in denen dem Enterbten die Anfechtung im Sinne des § 2341 zustatten kommt, würde er bei Wegfall des Erbunwürdigen den ihm gebührenden Anteil am Nachlaß nicht erlangen. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Enterbte gesetzlicher Erbe ist und der Erblasser den Erbunwürdigen mit anderen Miterben derart eingesetzt hat, daß damit die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2069). Mit dem Ausschluß des Erbunwürdigen würde dann den übrigen Eingesetzten der Erbteil des Erbunwürdigen anwachsen. Dieser auf den Zwecken der beiden Rechtsbehelfe berufende Unterschied zwischen den Wirkungen der beiden Anfechtungen wird bei der im II. Teil zu behandelnden Frage ihres Verhältnisses zueinander eine Rolle spielen.

Die Anfechtung erfolgt nach § 2342 durch Erhebung der Anfechtungsklage, die darauf zu richten ist, daß der Erbschleicher für erbunwürdig erklärt werde. Da die Erbunwürdigkeitsklage ihrem Ziele nach vermögensrechtlicher Natur ist, ist sachlich je nach Höhe des Erbschaftserwerbes das Amtsgericht oder Landgericht zuständig (§§ 23, 71 G.V.G.). Was die örtliche Zuständigkeit betrifft, dürfte neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Erbunwürdigen auch der Gerichtsstand der Erbschaft gegeben sein, da auch die Erbunwürdigkeitsklage einer Klage auf Feststellung des Erbrechts nahe verwandt ist.[23])

Über die Natur des auf diese Anfechtungsklage ergehenden Urteils gehen die Ansichten auseinander. Eines Eingehens auf diesen Streit bedarf es hier, denn wenn auch die Rechtsnatur des Urteils für die Konkurrenzfragen ohne wesentliche Bedeutung ist, so ist doch — wie weiter unten auseinandergesetzt werden wird — die Feststellung, welcher Art dieses Urteil ist, von Wichtigkeit für die Rechtsstellung des Enterbten.

Wenn man von vereinzelten Versuchen einer Neueinteilung [24]) der Urteilsarten nach Gegenstand und Wirkung absieht, — deren Richtigkeit im einzelnen in dieser Arbeit nicht nachgeprüft werden kann, die aber untersucht werden sollen, soweit sie die hier zu lösende Frage nach der Rechtsnatur des Erbunwürdigkeitsurteils berühren, — so unterscheidet man gewöhnlich 3 Arten von Urteilen: Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile. Daß das Erbunwürdigkeitsurteil ein Leistungsurteil sei, lehrt wohl nur Weismann.[25]) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aber ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 2342 ist

[23]) Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 463, Anm. 18.

[24]) Wie sie z. B. Kisch, „Beiträge zur Urteilslehre“ unternimmt.

[25]) Lehrbuch I S. 57, II.

die Klage darauf zu richten, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird. Ziel der Klage ist also nicht Verurteilung des Erbunwürdigen zu einer Leistung.[26])

Offen läßt der Gesetzestext unter Zugrundelegung der gewöhnlichen Dreiteilung danach nur als Ziel der Anfechtungsklage zwei Möglichkeiten: Feststellungsurteil oder Gestaltungsurteil.

Ob das eine oder das andere vorliegt, ist von praktischer Bedeutung, weil Feststellungsurteile in Ermangelung abweichender Bestimmungen[27]) nur inter partes wirken, bei Annahme eines solchen der durch die Anfechtung bewirkte Nichtanfall also nur gegenüber dem Enterbten festgestellt wird, während Gestaltungsurteile Rechtswirkungen für und wider alle erzeugen.[28]) Die Frage ist ferner von Wichtigkeit, weil bei Gestaltungsurteilen die Rechtsänderung mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils als eingetreten gerechnet wird, während bei Feststellungsurteilen schon mit der Erhebung[29]) der Klage.

Nach der herrschenden Lehre,[30]) die sich auf die Motive[31]) stützen kann, ist das Erbunwürdigkeitsurteil deklaratorischer Natur. Die Anfechtung erfolge durch Erhebung der Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung. Die Klage enthalte zugleich den rechtsgeschäftlichen Anfechtungsakt, ihrer Erhebung komme also die doppelte Bedeutung der Anfechtungserklärung und der Feststellungsklage zu. Das Wirksame im Prozeß sei die Parteierklärung, die nur in besonderre Form geschehen müsse, nicht das Urteil sei die wirkende Bedingung. Mit der Klageerhebung sei also angefochten, die Rechtsänderung herbeigeführt. Nur dürften in der Zwischenzeit zwischen der Klageerhebung und dem die geschehene Anfechtung feststellenden Urteil im Interesse der Kundbarkeit des Rechtsverhältnisses noch nicht gegenwärtige Wirkungen zugestanden werden. Aus dieser ratio

---

[26]) Daß es sich hier nicht um eine Leistung des Erbunwürdigen handelt, gibt Weismann auch zu, führt aber zur Begründung seiner Behauptung an, es sei nichts Ungewöhnliches, daß technische Ausdrücke sich nicht mehr mit dem ursprünglichen Wortsinn decken (!!). Was Weismann hierbei vorschwebt, ist völlig unersichtlich.

[27]) Wie in §§ 629, 643 Z.P.O.

[28]) Was den gestaltenden Inhalt dieser Urteile angeht. Die in ihnen gleichzeitig enthaltene Feststellung, daß dem Berechtigten ein Gestaltungsrecht zustand, wirkt natürlich nicht inter omnes.

[29]) Da in diesem Zeitpunkt die in der Klage enthaltene Anfechtungserklärung ihre Wirkung äußert. Siehe unten.

[30]) Planck 1 zu § 2342, Staudinger 1 zu § 2342, Frommhold 1 zu § 2344, Simeon I Anm. 2 zu § 156, Türke III B zu § 2342, Fischer-Henle Anm. 2, § 1341, R.G.R. Kom. 2 zu § 2342, Crome V § 665 Anm. 57; Kretzschmar § 60, IV 3, Meyer und Reis § 130 Anm. 7.

[31]) Motive IV, 85, deren Begründung im folgenden zugrundegelegt wird.

erkläre sich die Ausnahmevorschrift des § 2342 II, wonach die Wirkung der Anfechtung erst mit der Rechtskraft des Urteils eintrete. Daß das Urteil nur deklaratorischen Charakter habe, die vernichtende Wirkung in Ansehung des Erbanfalls also der Anfechtungserklärung beiwohne, stelle § 2342 außer Zweifel. Die Bezeichnung der Klage als Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung dürfe nicht so aufgefaßt werden, als sollte von diesem Grundsatz abgewichen werden und dem Urteil konstitutive Bedeutung beigemessen werden.

Das Charakteristische der herrschenden Lehre besteht darin, daß sie der Anfechtungserklärung der allgemeinen Regel über Anfechtung von Willenserklärungen folgend, die vernichtende Kraft in Ansehung des Erbanfalls zuschreibt und daß diese Wirkung unabhängig von dem Urteil eintritt. Diese Auffassung entspricht jedoch in keiner Hinsicht dem Gesetzeswortlaut. § 2342 II bestimmt, daß die Wirkung der Anfechtung erst mit Rechtskraft des Urteils eintritt. Wenn man mit den Motiven [32]) diese Bestimmung auch nur als eine Ausnahmevorschrift, als ein schützendes Zugeständnis ansieht, das den erbrechtlichen Verhältnissen wegen des allgemeinen Interesses an der Klarheit in für den Rechtsverkehr so wichtigen Beziehungen gemacht ist, so kann man doch bei der Bildung der Konstruktion nicht an ihr vorübergehen und so tun, wie wenn sie gar nicht vorhanden wäre. Das hieße doch geradezu, daß es gleichgültig sei, ob ein Urteil auf die Anfechtungsklage ergeht oder nicht. Dies hat auch Kohler,[33]) der der herrschenden Lehre nahesteht, erkannt. Auch nach ihm ist das Erbunwürdigkeitsurteil ein Feststellungsurteil, ist das Urteil nicht die wirkende Bedingung; aber während die herrschende Lehre in der Erhebung der Klage das einzig und allein Relevante erblickt, gesteht Kohler dem Urteil auch Einfluß auf die Gestaltung der Rechtslage zu, indem er erklärt: „die Klageerhebung ist die Ursache, die nur wirken soll, wenn sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung durchgeführt wird".[34]) Mit dieser Formulierung gibt aber Kohler die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre zu. Ist die in der Erhebung der Klage enthaltene Anfechtungserklärung nur eine bedingt vorhandene — nämlich bedingt durch Erlaß des Urteils—Ursache, dann ist eben das Urteil, das in dieser Weise zur Bedingung für die Wirksamkeit der Anfechtung erhoben ist, kein rein feststellendes.

Danach bliebe, solange man die herrschende Dreiteilung in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteil zu Grunde legt, nur die Möglichkeit, im Erbunwürdigkeitsurteil ein konstitutives

[32]) Mot. V. S. 521.
[33]) In Buschs Z. f. Z., Band 29, S. 1 ff.
[34]) A. a. O. S. 19.

Urteil zu sehen, wie Hellwig und andere lehren.[35]) Aber auch bezüglich dieser Konstruktion fragt es sich, ob sie dem Charakter des Urteils in vollem Maße gerecht wird. Nach den Anhängern[36]) der rechtsgestaltenden Natur des Erbunwürdigkeitsurteils ist das Urteil die wirkende Bedingung für die Beseitigung des Erbanfalls. Dies ergebe sich mit „absoluter Deutlichkeit" aus § 2342, der feststelle, daß die Anfechtungserklärung hier die ihr der Regel nach zukommende Wirkung nicht habe. In der Klageerhebung als der vorgeschriebenen Form liege die Erklärung der Ausübung des materiellen Rechts; zugleich enthalte sie die Aufforderung an das Gericht, die Rechtsänderung zu vollziehen. Die Klageerhebung selbst führe die Rechtsänderung noch nicht herbei und habe materiellrechtlich noch keine Bedeutung. Zur Erklärung des Klägers müsse das richterliche Urteil hinzukommen; erst dann sei der Tatbestand, von dem die Rechtsänderung abhängig gemacht sei, vollständig. Mit der Rechtskraft trete die Wirkung ein, werde die Rechtsänderung herbeigeführt. In der Entscheidung liege gleichzeitig auch die Feststellung, daß das Anfechtungsrecht bestanden habe, daß die Rechtsänderung herbeigeführt sei.

Wenn nun auch nicht, wie vielfach von Vertretern der herrschenden Lehre geltend gemacht wird, die Auffassung des Erbunwürdigkeitsurteils als eines Gestaltungsurteils an der rückwirkenden Kraft dieses Urteils scheitert,[37]) so ergibt sich doch ihre Unrichtigkeit aus Gesichtspunkten, die bei der Untersuchung der herrschenden Lehre angeführt sind. Was die herrschende Lehre nach der einen Richtung überbewertet, unterschätzt die Lehre von der konstitutiven Natur des Erbunwürdigkeitsurteils nach der anderen Richtung: Für Hellwig hat die Klageerhebung materiellrechtlich noch keine Bedeutung. Eine solche Auffassung verkennt aber die juristische Natur des Anfechtungsrechts als eines Rechts zur Gestaltung.[38]) Wenn man der Anfechtungserklärung in § 2342 nur

---

[35]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 463 ff; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 579; Wach, Feststellungsanspruch, S. 29; Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, S. 17; Langheineken, Urteilsanspruch S. 269; Seuffert I S. 343 f.; Stein-Jonas, Bem. II 3 b vor § 253; Schmidt, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts, S. 700 ff.

[36]) Im folgenden werden Hellwigs Ausführungen (a. a. O. S. 463 ff.) zugrundegelegt.

[37]) Vgl. z. B. Kohler a. a. O. S. 20, „Denn wenn das Urteil den neuen Rechtsstand schafft, wie kann es in die Vergangenheit wirken?" Treffend ist demgegenüber Hellwigs Bemerkung a. a. O. S. 469, Anm. 50, daß man dann mit demselben Rechte behaupten könnte, die Anfechtungserklärung des § 143 B.G.B. sei nicht konstitutiv; denn wenn sie erfolge, gelte das Rechtsgeschäft als nicht geschlossen; die Erklärung stelle also lediglich fest, daß es von Anfang an nichtig war.

[38]) Vgl. über die Natur der Gestaltungsrechte, Seckel i. d. Festgabe für Koch, S. 205 ff.

den Wert eines Antrages an den Staat auf Tätigwerden des Gerichts beimißt, so stellt man sie den Fällen im Gesetze gleich, in denen dem Berechtigten nur ein Anspruch auf Rechtsgestaltung gegeben ist, er also nur durch Klageerhebung veranlaßt, daß das Gericht die verlangte Rechtsänderung vollzieht. Diese Fälle des reinen Gestaltungsurteils, in denen es sich um Rechte auf Rechtsänderung handelt, sind aber zu scheiden von den Fällen, in denen ein Recht, selbst die Rechtsänderung zu vollziehen, im Wege der Klage verfolgt werden muß. Daß hier ein Recht zu eigenem Handeln geltend gemacht wird, macht das Gesetz kenntlich, indem es sagt: Der Berechtigte kann anfechten (§ 1331 ff. § 2340). Anderenfalls wäre das Gesetz dem von ihm bei den Rechten auf Rechtsgestaltung gepflogenen Wortgebrauch gefolgt und hätte gesagt: Der Berechtigte kann auf Vernichtung des Erbschaftserwerbs klagen. Erkennt man aber an, daß hier ein Recht zur Rechtsgestaltung gegeben ist, — und das muß man bei dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes — so kann seine Ausübung nicht materiell-rechtlich noch von keiner Bedeutung sein, nicht nur Voraussetzung für das Tätigwerden des Gerichts sein. Vielmehr ficht trotz des Erfordernisses der Klage der Berechtigte selbst an. Daraus, daß die Anfechtung durch Erhebung der Klage geschieht, kann man nicht folgern, daß diese Rolle dem Gericht zufällt; die Vorschriften über die gewöhnliche Anfechtungsart § 143 und die über Anfechtung durch Klage sind keineswegs, wie Baden [39]) behauptet, „zwei voneinander getrennt zu haltende Komplexe". Mit Recht sagt Kohler,[40]) daß durch solche Konstruktion die Einheit des Rechts gebrochen würde. Daß nicht der Berechtigte, sondern das Gericht anficht, läßt sich auch nicht, wie Baden meint, aus dem Ausdruck „Anfechtungsklage" in § 2342 entnehmen. Baden argumentiert folgendermaßen: „§ 256 Z.P.O. sagt: Auf Feststellung kann Klage erhoben werden. Hieraus folgt, daß die sogenannte Feststellungsklage eine Klage ist, die auf Feststellung erhoben wird. Z.P.O. § 259 spricht von „Klage auf künftige Leistung". Demnach ist die sogenannte Leistungsklage eine solche, die auf Leistung erhoben wird. Sollte nun das Gesetz, Z.P.O. oder B.G.B. den Ausdruck „Anfechtungsklage" ganz außerhalb seiner anderen Definitionen gebrauchen? Dies ist schwerlich anzunehmen, die Anfechtungsklage ist vielmehr eine Klage auf Anfechtung; sie ist nicht eine Klage, in der eine Anfechtungserklärung enthalten ist." — Abgesehen davon, daß diese Buchstabeninterpretation das Wesen des Anfechtungsrechts völlig verdunkelt, übersieht Baden, daß das Gesetz diesen Terminus tatsächlich außerhalb seiner anderen Definitionen gebraucht. § 1343 II spricht von der Nichtigkeit einer

[39]) A. a. O. S. 41, 42.
[40]) A. a. O. S. 20.

anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten ist. Im Wege der Klage — das und nichts anderes — bedeutet der Ausdruck „Anfechtungsklage" in § 2342.

Handelt es sich also bei der Klageerhebung zugleich um eine Anfechtung, also neben dem rein prozessualen Antrag auf Erlaß eines Urteils um einen Gestaltungsakt, so kann nicht lediglich das Urteil Ursache der Rechtsänderung sein. Ist danach das Urteil auch kein typisch rechtsgestaltendes, so fragt sich, wie es zu charakterisieren ist. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus der Zusammenfassung der bei der kritischen Betrachtung der beiden Lehren gewonnenen Ergebnisse. Wir haben gesehen, daß weder die in der Klageerhebung liegende privatrechtliche Anfechtungserklärung für sich allein, noch das Urteil für sich allein die gestaltende Wirkung zeitigt. Beide sind vielmehr Faktoren für den Eintritt der Erbunwürdigkeit, die folgendermaßen ineinandergreifen, um diesen Erfolg hervorzubringen: Durch die in der Klage enthaltene Anfechtung wird die Nichtigkeit des Anfalls geschaffen, denn es besteht kein Unterschied zwischen der Anfechtung durch „Zivilhandlung" und derjenigen, die durch Erhebung der Klage geschehen muß. Die durch die Anfechtung hervorgerufene Nichtigkeit wird aber, da die Erbunwürdigkeit erst durch das rechtskräftige Urteil in Wirkung gesetzt zu werden vermag, durch dieses ausgelöst, ermöglicht erst ihre Geltendmachung gegen jedermann, die bisher gehemmt war. Seiner Natur nach steht also das Erbunwürdigkeitsurteil zwischen dem rein feststellenden und dem voll gestaltenden.[41]) Gegenüber ersterem, das sich in dem feststellenden Inhalt erschöpft, enthält es insofern ein Mehr, als es die Geltendmachung der Nichtigkeit erst ermöglicht, gegenüber letzterem insofern ein Weniger, als es die Nichtigkeit nicht erst schafft, sondern die vorhandene, aber latente Wirkung zur vollen Wirksamkeit bringt. Da das Erbunwürdigkeitsurteil danach weder den feststellenden noch den gestaltenden Urteilen zurechenbar ist, ist der Ansicht Kischs[42]) beizustimmen, daß es sich hier um eine besondere Urteilkategorie handelt, auf die auch die von Kisch geprägte Bezeichnung „auslösendes Urteil" als ein die Funktion dieses Urteils am besten zum Ausdruck bringender Terminus trefflich paßt. Nur die Annahme eines besonderen Urteilstyps vermag dem Wortlaut des Gesetzes sowie den theoretischen und praktischen Erfordernissen gerecht zu werden. Gegenüber der Konstruktion des Erbunwürdigkeitsurteils als eines Feststellungsurteils erkennt die von Kisch gefundene Urteilsart die Abhängigkeit der Wirkung der materiell rechtlichen Anfechtungshandlung

[41]) Ebenso Endemann III 2 S. 815. Die Besonderheit des Erbunwürdigkeitsurteils erkennt auch Stein-Jonas, Bem. II. 3 b vor § 253 an, indem er es als „nahe verwandt" mit den Gestaltungsurteilen bezeichnet.

[42]) A. a. O. S. 12, S. 87.

von der prozessualen Wirksamkeit des Klageaktes an und erklärt ungezwungen die inter omnes Wirkung des Urteils aus seiner Natur. Gegenüber der Konstruktion des Urteils als eines Gestaltungsurteils wahrt sie die Einheit des Rechts, indem sie zu keinem Unterschied zwischen der Anfechtung durch Zivilhandlung und der im Wege der Klage zwingt. —

Nach der Feststellung der Natur des Erbunwürdigkeitsurteils haben wir nun seine Wirkungen zu untersuchen. Ist der Anfechtungsklage entsprechend der Erbschleicher rechtskräftig für erbunwürdig erklärt worden, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt, und er verliert mit rückwirkender Kraft die Erbeneigenschaft, wie wenn er den Erbfall gar nicht erlebt hätte. Mit dem Wegfall des Erbschleichers gelangt der Enterbte aber, wie schon oben S. 20, auseinandergesetzt, nicht notwendig zur Erbfolge, die Erbschaft kann auch dem dem Erbschleicher letztwillig bestimmten Ersatzerben anfallen bzw. kann der Erbteil des Erbschleichers den mit ihm eingesetzten Miterben anwachsen.

Wir hatten bei der Untersuchung der Voraussetzungen der Erbunwürdigkeitsklage festgestellt, daß der Erbschleicher Erbe sein muß, wenn dieser Rechtsbehelf gegen ihn gegeben sein soll. Aber auch wenn er überhaupt nicht Erbe, sondern nur Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter ist, ist dem Enterbten unter denselben Voraussetzungen (§§ 2345, 2339, 2341) wie bei der Erbunwürdigkeit das Recht gegeben, die aus diesen Rechtsverhältnissen sich ergebenden Ansprüche des Erbschleichers gegen den Nachlaß durch Anfechtung zu vernichten. Jedoch bedarf es dazu nicht der Erhebung einer Klage, wie sich aus der Nichtaufführung der §§ 2342, 2344 in § 2345 entnehmen läßt, vielmehr erfolgt die Anfechtung gemäß § 143 durch Erklärung gegen den Erbschleicher. Diese Art der Anfechtung ergibt sich, abgesehen davon, daß es an einer anderen Vorschrift fehlt und demnach die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung kommen, aus der schuldrechtlichen Natur (vgl. Motiv V, 189, 523) der anzufechtenden Ansprüche. Nicht richtig ist die Ansicht Endemanns,[43]) daß die Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklären ist; denn § 2081 ist nicht in § 2345 genannt.

§ 3.

c) Der Pflichtteilsanspruch.

Schließlich kommt als erbrechtlicher Rechtsbehelf des Enterbten noch der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben in Betracht. Voraussetzung dafür ist, daß der Enterbte ein Abkömmling, Elternteil oder Ehegatte des Erblassers ist, denn nur diese Personen sind

[43]) Endemann III, 2, Anm. 53; wie oben auch Kipp § 142, Anm. 2; Planck § 2345, Anm. 1; Staudinger § 2345, Anm. 2; Leonhard § 2345 II.

nach § 2303 pflichtteilsberechtigt. Da der Enterbte mit dem Pflichtteilsanspruch aber nur die Hälfte des Wertes des ihm bei gesetzlicher Erbfolge zustehenden Teils verlangen kann, wird er auf diesen Rechtsbehelf nur dann zurückgreifen, wenn er den Beweis nicht zu erbringen vermag, daß der Erblasser durch arglistige Täuschung zu seiner Enterbung bestimmt worden ist.

Bei gerichtlicher Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches hat der Enterbte die Wahl zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand des Erben und dem Gerichtsstand der Erbschaft.

§ 4.

2. Schadensersatzklage des Enterbten gegen den Erbschleicher gemäß §§ 823 ff.

Neben den erbrechtlichen Rechtsbehelfen kommt für den infolge arglistiger Täuschung Enterbten noch die Schadenersatzklage aus §§ 823 ff. gegen den Erbschleicher in Betracht.

Hinsichtlich eines Anspruchs des Enterbten aus § 823 I kommt als „sonstiges" Recht, dessen Verletzung zum Schadenersatz berechtigen könnte, einmal in Frage die Erwerbsaussicht, die für den Enterbten auf Grund der gesetzlichen Erbfolge oder der ihn zum Erben einsetzenden letztwilligen Verfügung auf den Nachlaß bestand, sodann die Ehre, wenn der Erbschleicher den Erblasser durch ehrenrührige Behauptungen über den Enterbten zur Enterbung bestimmte. Beide Begriffe sind aber nicht als „sonstige Rechte" im Sinne des § 823 anzusehen. Unter solchen Rechten sind nur absolute Privatrechte zu verstehen.[44]) Was zunächst die Ehre angeht, so ist sie kein Recht im Sprachgebrauch des Privatrechts, sondern erscheint ebenso wie die neben dem Eigentum im § 823 aufgezählten Begriffe Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit als bloßes Rechtsgut. (Lebensgut, rechtlich geschütztes Interesse.) Die Verletzung anderer Lebensgüter, als der im § 823 I genannten, begründet aber einen Anspruch nach dieser Bestimmung nicht.[45]) Auch die Erwerbs-

[44]) Vgl. Prot. II., S. 573, 574.

[45]) So auch die h. L., vgl. Staudinger II A 12 c 8 und die dort Zitierten. A. A. Liszt, „Deliktsobligationen" S. 26 und Dernburg II § 383. Letzterer meint, daß aus der ungetrennten Zusammenstellung Leben usw. sich klar die Absicht des Gesetzgebers ergebe, die 4 Rechtsgüter dem Eigentum gleichzustellen und als subjektive Rechte zu behandeln. Nur die im Text vertretene Ansicht kann richtig sein. Einmal kann im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte unter „sonstigem Recht" nur ein absolutes „Recht" verstanden werden (vgl. Prot.) Auch sprachlich bestehen keine Bedenken, den Ausdruck „sonstiges Recht" allein an das „Eigentum" anzuknüpfen (vgl. Enneccerus I, 2 § 450, Anm. 3). Sodann fehlt es an einer klaren Umgrenzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so daß bei Annahme der gegenteiligen Ansicht keine genügend sichere Handhabe für die Rechtsprechung gegeben wäre.

aussicht, die für den Enterbten laut Gesetz oder Testament adäquat bestand, ist kein absolutes Recht (Anwartschaftsrecht). Von einem solchen könnte man nur reden, wenn eine rechtliche Gebundenheit des Erblassers bestünde, nicht zum Nachteil des Enterbten zu verfügen. Davon kann aber keine Rede sein. Der gesetzliche Erbe oder in einer Verfügung von Todes wegen Eingesetzte hat, solange der Erblasser lebt, nur eine tatsächliche Erwerbsaussicht, keine absolute Anwartschaft auf den Nachlaß.[46])

Dagegen ist dem Enterbten ein Schadenersatzanspruch aus § 823 II zu gewähren. Als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II kommt in Betracht § 263.[47])

Was die Annahme einer aus § 263 strafbaren Handlung angeht, so könnten lediglich hinsichtlich der Vermögensbeschädigung Zweifel bestehen. Nach Frank[48]) liegt in der Vernichtung einer Erwerbsaussicht, insbesondere auch einer Erbanwartschaft noch keine Vermögensbeschädigung, da diese als bloße Expektanz noch kein Vermögensbestandteil sei. Diese Ansicht ist aber abzulehnen.[49]) Wenn auch die Erbanwartschaft kein absolutes Anwartschaftsrecht ist, so ist sie doch schon ein Vermögensbestandteil des Erbberechtigten, da in der Hauptzahl der Fälle ohne das Dazwischentreten Dritter ihm mit adäquater Wahrscheinlichkeit der Nachlaß zufließen wird.[50]) Im übrigen trägt Frank auch damit den in der neueren Rechtsprechung besonders betonten wirtschaftlichen Momenten zu wenig Rechnung.

In jedem Falle erfüllt aber die arglistige Täuschung des Erblassers mit dem Ziele und dem Erfolge der Enterbung des Erben den Tatbestand des § 826. Denn eine arglistige Täuschung,

---

[46]) R. G. 67, 428; a. A. von Tuhr § 9. Dagegen mit Recht Enneccerus I, 1 § 75, Anm. 2, 3.

[47]) Für den Fall, daß der Erbschleicher den Erblasser durch wissentlich unwahre ehrenrührige Behauptungen über den Enterbten zur Enterbung bestimmte, kommt für den Enterbten ein Anspruch aus § 823 II BGB., § 187 St. G. B. in Betracht. Daß § 187 Schutzgesetz im Sinne des § 823 II ist, daran ist auch gegenüber dem Einwand Liszts (a. a. O. S. 22, 23), daß die Schadenersatzansprüche in den §§ 824, 825 exklusivisch geregelt seien, festzuhalten. Im Gegenteil läßt sich aus § 824 ein Argument für die Anwendung der § 185 ff. St. G. B. § 823 II herleiten. Denn der eng umgrenzte spezielle Tatbestand will gerade die Fälle treffen, die noch nicht unter § 823 I BGB., § 185, 186, 187 St. G. B. fallen. Vgl. die bei Staudinger III A 2 c zu § 823 zitierten Entscheidungen.

[48]) Frank V 3 b zu § 263; ebenso Jehle, „Die rechtliche Bedeutung der Erbschleicherei", S. 57 ff.

[49]) Betrug nehmen auch R. G. 42, S. 171, und Pröll, Goltd. A 66, S. 345 f an.

[50]) Der Gewinn ist schon dann Vermögensbestandteil, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. So Ebermayer, Kom. 6 b zu § 263; von Liszt-Schmidt, § 139; Hegler, Vgl. Darstl. B 7. 429. Allfeld S. 475.

durch die man den Erblasser zu einer Enterbung bestimmt, enthält wohl immer einen Verstoß gegen die guten Sitten, der mit dem Vorsatz begangen wurde, einem anderen Schaden zuzufügen. Daß dem Enterbten durch die arglistige Täuschung ein Schaden erwachsen ist, ist sicher. Zur Schadenszufügung im Sinne des § 826 genügt jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, auch die Beeinträchtigung einer bloß tatsächlichen Erwerbsaussicht. Eine solche Erwerbsaussicht auf den Nachlaß besteht aber für den kraft Gesetzes oder letztwillig berufenen Erben.[51]) Der Erbschleicher ist also verpflichtet, dem Enterbten den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß dieser den ihm nach dem unverfälschten letzten Willen des Erblassers gebührenden Erbteil nicht erlangt hat.

[51]) R. G. 111, 156; 79, 58.

2. Teil.

Das Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander.

§ 5.

a) Grundsätzliches über die Konkurrenz von Normen.

Nachdem die einzelnen Rechtsbehelfe in ihren Voraussetzungen und Wirkungen für sich betrachtet worden sind, erhebt sich die Frage, ob der Enterbte sie sämtlich und beliebig geltend machen kann oder ob er in seiner Wahl beschränkt ist.

Das B.G.B. enthält über diese Frage keine allgemeinen Bestimmungen. Meist wird die Entscheidung aus einzelnen Sondersätzen oder aus allgemeinen Erwägungen hergeleitet. In der Literatur ist — abgesehen von einer großen Anzahl von Abhandlungen über einzelne Konkurrenzfälle — nur von Lent[52]) und Schmidt[53]) der Versuch gemacht worden, das Problem grundsätzlich zu lösen. Auch Hellwigs[54]) Erörterungen über das Verhältnis von lex specialis und lex generalis gehen über den Rahmen nur kasuistischer Behandlung hinaus. In diesem Abschnitt der Arbeit sollen die von diesen Schriftstellern aufgestellten Theorien auf ihre allgemeine Brauchbarkeit geprüft werden und untersucht werden, ob sich Grundsätze zur Lösung der uns hier beschäftigenden Frage aufstellen lassen.

Lent[55]) versucht nach dem Vorgang von Hellwig,[56]) die bürgerlichrechtlichen Konkurrenzfragen unter Übernahme der strafrechtlichen Konkurrenzformen zu lösen. Nach ihm ist es hinsichtlich des Verhältnisses der Rechtsfolgen mehrerer Gesetze darauf abzustellen, ob die Tatbestände dieser Normen dieselben oder verschiedene Individualisierungsmerkmale aufweisen. Unter Individualisierungsmerkmal versteht Lent den Kern des Tatbestandes eines Rechtssatzes.

---

[52]) Gesetzeskonkurrenz 2 Bde. 1912, 1916.
[53]) Gesetzeskonkurrenz 1915 S. 25 ff.
[54]) „Anspruch und Klagrecht" S. 97, Lehrb. d. Zivilpr. I § 37 IV Nr. 4, System S. 323.
[55]) A. a. O. S. 1 ff.
[56]) A. a. O. vgl. oben Anm 54.

Diesen können eine oder mehrere Tatsachen ausmachen. Jedoch sind nicht alle Tatbestandsstücke dessen Individualisierungsmerkmale, sondern nur einzelne.[57])

Bei Verschiedenheit dieser Merkmale sollen nun nach Lent S. 72 auch mehrere rechtliche Wirkungen eintreten können; keine der einzelnen Rechtsfolgen verdrängt also die andere.

Sind die Individualisierungsmerkmale dieselben, so verschmelzen die beiden sich jeweils konkurrierend gegenüberstehenden abstrakten Tatbestände in allen Fällen zu einem einheitlichen Gesamttatbestand. Eine praktische Gleichbehandlung aller dieser Fälle der Gesamttatbestände bedeutet dies jedoch nicht. Denn Lent unterscheidet bei der Behandlung der Gesamttatbestände zwei Gruppen von Fällen. Die eine Gruppe besteht aus zwei Fällen. Nach Lent soll nämlich in zwei Fällen die eine Rechtsfolge unter Verdrängung der anderen den Vorzug haben, einmal wenn der Tatbestand der einen Rechtsfolge ein Spezialfall des Tatbestandes der anderen ist (S. 192); sodann im Fall der Konsumtion, der nach Lent (S. 193) dann vorliegt, wenn der eine Tatbestand den anderen völlig umfaßt oder wenn die in dem einen Tatbestand berücksichtigten Tatsachen alles das umfassen, was auch durch den anderen Tatbestand erfaßt wird, mögen auch die Tatsachen nicht völlig übereinstimmen. Die andere Gruppe (Fälle der Idealkonkurrenz) enthält — abgesehen von den eben genannten Fällen der Spezialität und Konsumtion — alle übrigen Fälle, in denen die Individualisierungsmerkmale identisch sind, und hier sollen grundsätzlich beide Gesetze anwendbar sein. Die dadurch herbeigeführte Gleichstellung der Hauptzahl der Fälle des einheitlichen Gesamttatbestandes mit den Fällen, wo die Individualisierungsmerkmale verschieden sind (Mehrheit der Tatbestände), versucht Lent mit der Behauptung zu rechtfertigen, daß in den ersteren Fällen nicht immer ein bloßes Nebeneinander der Rechtsfolgen gegeben sei, sondern der Berechtigte häufig nur die Möglichkeit habe, zwischen den Rechtsfolgen zu wählen. Ferner rechtfertige sich seine Unterscheidung zwischen einheitlichem Gesamttatbestand und Mehrheit der Tatbestände für die Fälle, in denen die Rechtsfolgen der konkurrierenden Gesetze sich widersprächen. Dann müsse eine sorgfältige Abwägung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen erfolgen, bei der den praktischen Bedürfnissen in weitestgehendem Maße Rechnung getragen werden könne.

Wenn man das Kriterium der Lent'schen Meinung — Identität oder Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale — und die darauf gestützte Gegenüberstellung der Fälle des einheitlichen Gesamttatbestandes und der Mehrheit der Tatbestände betrachtet,

[57]) A. a. O. S. 87, 88.

so muß die Frage auftauchen, worin eigentlich die praktische Bedeutsamkeit der Lehre Lents besteht, da ja die einander gegenübergestellten Fälle — abgesehen von Spezialität und Konsumtion — praktisch eine Gleichbehandlung erfahren. (Denn Lent will ja in beiden Fällen die konkurrierenden Gesetzesbestimmungen gleichzeitig anwenden.) Es spricht nicht für die Lehre Lents, daß er ihre praktische Bedeutung allein durch die Aufstellung von Ausnahmen von der gleichzeitigen Anwendbarkeit der beiden konkurrierenden Gesetzesbestimmungen in den Fällen der Idealkonkurrenz zu erweisen versucht. Denn es stellt sich als zwei Ausnahmen dar, wenn Lent die gleichzeitige Anwendbarkeit der beiden Gesetze durch die Annahme nur einer Wahlmöglichkeit des Berechtigten bzw. eine Verdrängung des einen Gesetzes durch das andere einschränkt. Um die Wertlosigkeit der Lehre Lents in praktischer Hinsicht darzutun, würde es nach obigem genügen nachzuweisen, daß die beiden Ausnahmen die von Lent aufgestellte Unterscheidung zwischen den beiden Tatbestandskategorien in Wahrheit nicht rechtfertigen. Dies zu untersuchen, muß also unsere nächste Aufgabe sein.

Lent meint — wie bereits angedeutet — (S. 194), daß bei Einheit des Tatbestandes die Kombination der Rechtsfolgen nicht immer als bloßes Nebeneinander, sondern, wenn die Ansprüche dasselbe Ziel verfolgten, als eine Wahlmöglichkeit des Berechtigten aufzufassen sei, *so daß gegen die Mehrheit der Tatbestände und Ansprüche doch ein merkbarer Unterschied eintreten könne.* Die Richtigkeit dieser Behauptung ist aber zu bestreiten. Denn auch in vielen Fällen, in denen nach Lent *Mehrheit der Tatbestände* anzunehmen ist, hat der Berechtigte nicht die Macht, die Rechtsfolgen beider Tatbestände zu verwirklichen, sondern nur die Möglichkeit, zwischen ihnen zu wählen. Es sei hier nur auf die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung, sowie zwischen Anfechtung und Wandlung hingewiesen. In beiden Fällen nimmt Lent (S. 287, S. 353) Mehrheit der Tatbestände an; trotzdem kann hier häufig ein Nebeneinander der Rechtsfolgen nicht in Betracht kommen, sondern nur in Frage stehen, ob der Berechtigte die eine oder die andere Rechtsfolge wählen kann.[58])

Wenn Lent — wie auch bereits bei der Wiedergabe seiner Lehre gesagt — ferner behauptet (S. 194, 195), daß der Wert seiner Unterscheidung, d. h. die Annahme eines einheitlichen Gesamttatbestandes sich zeige, sobald die angeordneten Rechtsfolgen sich widersprächen, so muß auch dies als unrichtig zurückgewiesen werden. Lent meint, in diesen Fällen der Idealkonkurrenz müsse nach sorgfältiger Abwägung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen die-

[58]) Vgl. unsere Ausführungen S. 37 ff.

jenige Norm eine Bevorzugung erfahren, welche den praktischen Bedürfnissen in weitestgehendem Maße entgegenkomme. Lent ist dabei offenbar der Auffassung, daß bei Mehrheit der Tatbestände eine Bevorzugung der einen Norm aus begrifflichen Gründen nicht stattfinden könne. Was von dieser Behauptung zu halten ist, soll an Hand der Konkurrenz der §§ 1007, 861 untersucht werden. Nach Lent (S. 238, 239) verschmelzen bei Zusammentreffen dieser beiden Bestimmungen ihre Tatbestände zu einem einheitlichen Gesamttatbestand, da ihre Individualisierungsmerkmale identisch sind, und es entsteht nur ein Anspruch, und zwar auf Grund beider Vorschriften zusammen. Da Spezialität und Konsumtion nicht vorlägen, bleibe nur die Idealkonkurrenz. Aber die von §§ 861, 1007 angeordneten Rechtsfolgen seien nicht durchgängig vereinbar, denn der aus § 861 entstehende Anspruch dulde nach § 863 keine Einreden aus dem Recht zum Besitz, während auf den aus § 1007 erwachsenden Anspruch §§ 986 ff. Anwendung fänden, womit auch die Einreden aus § 986 gegeben seien. Da der aus §§ 861, 1007 entstehende Anspruch nicht zugleich Einreden unterliegen könne und wiederum nicht, so sei eine Wahl zwischen den beiden Gesetzen — §§ 861, 163 oder 1007 — hinsichtlich der widersprechenden Rechtsfolgen, d. h. der Möglichkeit von Einreden, notwendig. Die Entscheidung könne nur lauten, § 861 gehe vor; denn § 1007 soll nicht § 861 aufheben und durchkreuzen. — Daß dieses Ergebnis im Sinne des Gesetzgebers liegt, soll nicht bestritten werden. Warum dieser Erfolg aber nur bei Annahme eines einheitlichen Anspruches gewährleistet ist, ist nicht einzusehen. Der hinsichtlich der Rechtsfolgen bestehende „Widerspruch" löst sich auch bei Annahme zweier Ansprüche auf ganz einfache Weise. Verlangt der Kläger von dem Besitzer der Sache Herausgabe, indem er anführt, der Beklagte habe ihm den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen (§ 861) und sei bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im guten Glauben gewesen (§ 1007 I), und beruft sich hiergegen der Beklagte auf die Einrede des § 1007 III, so ist zwar der Anspruch des Klägers, soweit er sich auf § 1007 stützt, ausgeschlossen. Aber dadurch wird doch nicht auch die Rechtsfolge des § 861 berührt; denn aus §§ 861, 863 ergibt sich die Unzulässigkeit der Einrede aus § 1007, soweit die Herausgabe auf § 861 gegründet ist. Dieses Ergebnis enthält keinen zur Wahl zwischen den beiden Gesetzen zwingenden Widerspruch, der nur mit der Annahme einer Anspruchseinheit gelöst werden kann.[59]) Die von Lent aufgestellten Behauptungen sind also nicht geeignet, den praktischen Wert seiner Unterscheidungen zu rechtfertigen. — Ihr Wert wird weiterhin dadurch in Frage gestellt, daß er die Konkurrenzform der Subsidiarität aus dem Strafrecht übernimmt.

[59]) Mit Recht weist Schmidt darauf hin, daß selbst bei Annahme eines Anspruches kein Zwang zur Wahl besteht. gl. a. a. O. S. 5.

Lent durchbricht nämlich (S. 287) seinen Grundsatz, daß bei Mehrheit der Tatbestände kein Gesetz das andere verdränge, für die Fälle, in denen der eine Tatbestand eine so überragende Bedeutung habe, daß die Heranziehung und Benutzung des zweiten unnötig, ja unangemessen erscheine. Abgesehen davon, daß praktisch die Feststellung sehr schwierig sein wird, wann einem Tatbestand eine solche überwiegende Bedeutung gegenüber einem anderen zukommt, verstärkt die Einführung dieser Konkurrenzform die Bedenken gegen die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen den Fällen des einheitlichen Tatbestandes und der Mehrheit der Tatbestände. Mit Recht wirft Schmidt [60]) die Frage auf, welchen Nutzen die Feststellung habe, daß in einem konkreten Fall die Individualisierungsmerkmale verschieden seien, wenn doch jeder einzelne Fall daraufhin geprüft werden müsse, ob nicht der eine Tatbestand infolge seiner überwiegenden Bedeutung allein in Betracht komme, zumal, wie oben S. 32 festgestellt, die Fälle der Subsidiarität nicht die einzige Ausnahme darstellen, in denen die nach Lent bei Mehrheit der Tatbestände regelmäßige Folge, daß die Rechtsfolgen von dem Berechtigten willkürlich gehäuft werden können, nicht eintritt.

Lent vermeint, den praktischen Wert seiner Unterscheidungen noch in anderer Beziehung zu finden. Er behauptet nämlich (S. 240 f.) [61]), daß die Annahme nur eines Anspruchs gegenüber der Annahme mehrerer selbständiger Ansprüche praktische Vorteile biete. Anders als bei dieser sei z. B. in dem oben S. 33 angeführten Konkurrenzfalle der Kläger, der mit § 861 nicht durchzudringen fürchte, jederzeit in der Lage, auf § 1007 zurückzugreifen, ohne sich dem Vorwurf der Klageänderung auszusetzen. — Dieser Vorteil erscheint zunächst als bestechend. Aber das Schreckgespenst der Klageänderung droht nur, wenn man den Standpunkt der Individualisierungstheorie vertritt, d. h. wenn man als Klagegrund das konkrete Rechtsverhältnis ansieht, durch dessen behauptetes Bestehen oder Nichtbestehen die Klage begründet wird.[62]) Von dieser Theorie aus bedeutet allerdings der Übergang zu § 1007 Klageänderung. Vom Standpunkt der m. E. richtigen Substantiierungstheorie [63]) taucht die Gefahr der Klageänderung aber nur in den Fällen auf, in denen sie auch bei Annahmen der Anspruchseinheit droht. Dies wird sogleich klar, wenn man sich vor Augen führt, wie sich praktisch eine solche Herausgabeklage gestaltet. Ein Kläger, der seine Herausgabeansprüche auf § 861 und § 1007 stützen kann, wird in der Regel

[60]) A. a. O. S. 16.

[61]) Und mit ihm Hellwig, Lehrb. S. 271; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 136; von Tuhr I, 1 S. 276 ff.

[62]) Hellwig, System S. 376; Seuffert, Kom. Nr. 4 zu § 253; Wach, „Vorträge" S. 19 ff. u. a.

[63]) Vgl. die dafür bei Stein § 253 Anm. 29 Zitierten. Auf die Streitfrage kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

nicht nur einen Anspruch z. B. § 861 geltend machen, sondern schlechthin Herausgabe verlangen. Da der Sachverhalt sich für die natürliche Auffassung als eine Einheit darstellt, wird auch sein Klagevortrag naturgemäß alle Tatsachen enthalten, die zur Begründung beider Ansprüche gehören. Ist dies aber der Fall, so ist selbst dann, wenn der Kläger zunächst beabsichtigt hatte, aus § 861 zu klagen, um in der Klagebegründung nur diesen Paragraphen erwähnt hat, keine Klageänderung in dem Übergang zu § 1007 zu erblicken. Denn hat der Kläger die zur Begründung beider Ansprüche wesentlichen Tatsachen angegeben, so ist es nach der Substantiierungstheorie ohne Bedeutung, aus welcher Veranlassung und unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt dies geschehen ist. Das Gespenst der Klageänderung taucht also in den Regelfällen, in denen der Kläger schon in der Klageschrift sämtliche zur Begründung notwendigen Tatsachen vorgetragen hat, nicht auf. Aber auch in den übrigen Fällen, in denen der Kläger zunächst nur die zur Begründung des einen Anspruches wesentlichen Tatsachen angeführt hat, und erst später die rechtsbegründenden des anderen Anspruches behauptet, kommt es, wie schon oben angedeutet — allerdings nur vom Standpunkt der Substantiierungstheorie — nicht darauf an, ob man Anspruchsmehrheit oder -einheit annimmt. Denn hier ist Klageänderung auch dann gegeben, wenn man nur einen Anspruch annimmt.[64]) Auch die prozessualen Erwägungen Lents können also den praktischen Wert seiner Unterscheidungen zwischen einheitlichem Gesamttatbestand und Mehrheit der Tatbestände nicht rechtfertigen.

Aber abgesehen von den unbefriedigenden praktischen Ergebnissen, bestehen auch in rein theoretischer Beziehung starke Bedenken gegen die Lehre Lents. Zu bestreiten ist vor allem, daß in den von Lent als Idealkonkurrenz bezeichneten Fällen nur ein Anspruch besteht. Zweifellos hat es die Rechtsordnung in der Hand, in Fällen, in denen tatsächliches Geschehen an sich gewissen Rechtssätzen subsumiert werden kann, diese an sich gegebene Anwendbarkeit davon abhängig zu machen, daß nicht zugleich andere, rechtspolitisch besser passende Bestimmungen darauf Anwendung finden. Warum aber auch da, wo die Anwendung mehrerer Rechtssätze nicht als ausgeschlossen anzusehen ist, immer nur ein Anspruch gegeben sein soll, ist nicht einzusehen.[65])

---

[64]) Allerdings nicht vom Standpunkt der Individualisierungstheorie. Vgl. Hellwig, System, S. 377 III, 2 a, „Keine Klageänderung liegt vor, wenn die neuen Tatsachen nicht die Individualität des Anspruches verändern".

[65]) Gegen die Annahme nur eines Anspruchs auch Windscheid-Kipp § 121 Z. 1, S. 608 ff.; Örtmann Kom. 3. Aufl. A 6 zu § 194 sowie die 3./4. Aufl. Vorbem. 5 β zu §§ 823 ff. Angeführten.

Weiterhin fragt sich aber auch, ob überhaupt die Formel richtig ist, auf Grund deren Lent zu der nach ihm so wichtigen Annahme nur eines Tatbestandes und damit weiter nur eines Anspruches kommt. Lent meint (S. 88), zur Individualisierung des Tatbestandes eines Rechtssatzes genüge sein Kern. Sei dieser Kern bei mehreren Rechtssätzen derselbe, so entstehe bei ihrem Zusammentreffen im konkreten Fall nur ein Tatbestand. Kann man aber ein Stück eines Tatbestandes gegenüber seinen anderen Begriffsmerkmalen als Hauptsache ansehen? Das muß m. E. bestritten werden. Man kann nicht z. B. in dem oben behandelten Falle der Besitzentziehung sagen, daß das Individualisierungsmerkmal des § 861 der entzogene Besitz und der jetzige Besitz, der den früheren Besitz verletzt, ist. Treffend bemerkt Schmidt dagegen,[66]) daß gegenüber diesem Merkmale doch die verbotene Eigenmacht mindestens genau so wichtig ist, ja sogar diese als Kern des § 861 anzusehen ist. Genau so liegt es auch in den übrigen Fällen mit den Individualisierungsmerkmalen. Mit viel größerem Recht kann man gegenüber der Aufstellung Lents, daß das Individualisierungsmerkmal des Anspruches aus § 812 ff. das Erlangte sei, behaupten, daß der Mangel des rechtlichen Grundes dem Bereicherungsanspruch das Gepräge gibt.[67]) [68]) Individualisierungsmerkmale im Lentschen Sinne lassen sich im Zivilrecht nicht aufstellen. Vom Standpunkt des Zivilrechts läßt sich kein Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Tatbestandsmerkmalen machen.[69]) Ist das als richtig erkannt, dann fällt die Lehre Lents in sich zusammen. Denn Ausgangspunkt seiner Untersuchungen ist die Annahme, daß man ebenso wie im Strafrecht auch im bürgerlichen Recht einen Teil des Tatbestandes als einen dem ganzen Tatbestand seinen Charakter aufdrückenden ansehen kann, so daß gegen ihn sich die übrigen Tatbestandselemente als bloße Zutat darstellen.

Es fragt sich, ob es überhaupt möglich ist, eine allgemeine Formel zur Entscheidung der Frage aufzustellen. Schmidt meint, sie aus dem Zweckgedanken der Gesetze entnehmen zu können. Er geht davon aus,[70]) daß die Gesetze den Zweck haben, Bedürfnisse der Menschen zu befriedigen. Der Gesetzgeber wäge die Interessen der Beteiligten ab; erkenne er hierbei ein Interesse als des Rechtsschutzes würdig an, so normiere er zum Schutz dieses Interesses den Rechtssatz. Die Rechtsfolge dieses Rechtssatzes solle das berechtigte Bedürfnis befriedigen. Diese Befriedigung sei der Zweck des Rechtssatzes. Schmidt meint nun: Träfen auf einen Vorgang

[66]) A. a. O. S. 18.
[67]) So mit Recht von Mayer, Bereicherungsanspruch, S. 420.
[68]) Vgl. die weiteren Beispiele bei Schmidt a. a. O. S. 17, 18.
[69]) Hellwig, System S. 323.
[70]) A. a. O. S. 25 ff.

die Tatbestände zweier Rechtssätze zu, deren Zwecke verschieden seien oder sich weder ganz noch teilweise deckten, so müßten auch die Rechtsfolgen der beiden Gesetze gehäuft werden können; die Verwirklichung der einen Rechtsfolge hindere nicht die Durchführung der anderen, weil diese einem anderen Bedürfnis diene, einen anderen Zweck verfolge. Anders, wenn die Zwecke zweier Gesetze sich entweder ganz oder teilweise deckten. Dann sei eine Häufung ihrer Rechtsfolgen ausgeschlossen. In solchem Falle soll nach Schmidt der Berechtigte das Recht haben, zwischen den Rechtsfolgen zu wählen, bzw. soll eine Verdrängung der einen Rechtsfolge durch die andere eintreten, wenn dies durch den Zweck des verdrängenden Gesetzes gefordert wird.

Schmidts Formel scheint eine brauchbare Grundlage zur Lösung der Konkurrenzfragen zu bieten. Daß mit den an die Gesetze geknüpften Rechtsfolgen Bedürfnisse der Menschen befriedigt werden sollen, und daß die Gesetze auf diesen Erfolg zielen, kann wohl kaum bestritten werden.[71]) Von dieser Erkenntnis aus erscheint es in der Tat als ausgeschlossen, daß bei Zusammentreffen mehrerer Gesetze in einem konkreten Falle einer Häufung der Rechtsfolgen etwas im Wege stehen kann, wenn die Zwecke mehrerer Gesetze sich überhaupt nicht, auch nicht teilweise decken. Welches der Zweck eines Rechtssatzes ist, läßt sich mit Leichtigkeit aus seinem Inhalt, seiner Stellung im Gesetze und vor allem aus den Motiven des Gesetzgebers feststellen. Für die Frage der Verträglichkeit mehrerer Rechtssätze und ihrer Wirkungen kann also ohne Bedenken das Verhältnis ihrer Zwecke als Kriterium aufgestellt werden. Während jedoch die Feststellung, ob die Zwecke zweier Rechtssätze identisch sind oder nicht und damit die Entscheidung, ob Häufung möglich ist oder nicht, geringe Schwierigkeit macht, ist die in den Fällen, wo eine mehr oder minder große Deckung der Zwecke stattfindet (also eine Häufung ausgeschlossen ist), auftauchende Frage, ob der Berechtigte zwischen den Rechtsfolgen wählen kann oder das eine Gesetz nach seinem Zweck das andere verdrängt, weit schwerer zu beantworten.

Für eine Gruppe von Tatbeständen meint Schmidt, die Lösung des Problems schon aus dem Verhältnis[72]) der Tatbestände entnehmen zu können. Er meint, es sei möglich, wenn auch selten, daß die Tatbestände bei mehreren in Betracht kommenden Regeln völlig identisch seien. Da beide denselben Tatbestand hätten, müßten in diesem Falle die Rechtsfolgen der beiden Gesetze notwendig ver-

[71]) Vgl. hierüber Hartmann, „Die Obligation" passim und besonders S. 37 ff.; Klein „Untergang der Obligation durch Zweckerreichung", S. 46 ff.; Rappaport „Die Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis", S. 151 ff.

[72]) A. a. O. S. 25.

schieden sein, andernfalls würde die eine Regel nichts als eine Wiederholung der anderen sein. Dieser Umstand ließe auch keine Zweifel darüber aufkommen, daß die eine Rechtsfolge die andere nicht verdränge. Da die Tatbestände beider Regeln identisch seien, der eine Tatbestand also immer gegeben sei, wenn der andere vorliege, würde die entgegengesetzte Annahme zur völligen Beseitigung der einen Rechtsfolge führen. Eine verdrängende Bedeutung des einen oder anderen Rechtssatzes sei daher ausgeschlossen. Das Ergebnis, zu dem Schmidt kommt, ist logisch völlig unanfechtbar. Vom Standpunkt des geltenden Rechts muß aber der praktische Wert seiner Untersuchung bestritten werden. Im geltenden Recht gibt es keinen Fall, in dem zwei selbständige Regeln tatbestandlich völlig identisch sind und nur hinsichtlich der Rechtsfolgen auseinandergehen.[73]) Schmidt vermag auch kein Beispiel solcher völligen Identität anzuführen. An sich steht allerdings nichts entgegen, eine Regel, an deren Tatbestand wahlweise geltend zu machende Rechtsfolgen geknüpft sind, als zwei Regeln anzusehen, von denen jede eine der beiden Rechtsfolgen ausspricht, z. B. § 462. Aber dann würde wegen der vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Zulässigkeit wahlweiser Herbeiführung der beiden Rechtsfolgen, die Frage einer Verdrängung überhaupt nicht problematisch werden. Bei Zusammentreffen mehrerer Gesetze in einem konkreten Falle sind vielmehr hinsichtlich des Verhältnisses ihrer Tatbestände nur zwei Kategorien denkbar. Einmal kann es sein, daß der Tatbestand des einen stets auch die Tatbestandsmerkmale des anderen umfaßt, diesem aber noch ein oder einige andere Tatbestandsmerkmale hinzufügt. Die Gesetze stehen also im Verhältnis von lex specialis und lex generalis zueinander. Sodann kann es sein, daß die Tatbestände der beiden Gesetze sich schneiden.. Das ist dann der Fall, wenn jedes der Gesetze neben den ihnen gemeinsamen Tatbestandsmerkmalen noch ein oder mehrere besondere Tatbestandsmerkmale aufweist. Da nach unserer Ansicht die lex specialis in jedem Falle die lex generalis verdrängt, so bleibt also nur für die letztere Tatbestandskategorie die Frage offen, wann wahlweise Anwendbarkeit der Gesetze besteht, und wann der Zweck eines Gesetzes die Verdrängung des anderen fordert.

Auszugehen ist davon, daß für die alternative Anwendbarkeit [74]) mehrerer Gesetze die Vermutung spricht. Treffen mehrere Gesetze auf einen Vorgang zu, so ist anzunehmen, daß der durch sie Berechtigte die Wahl zwischen ihren Rechtsfolgen haben soll, da es im Sinne der Rechtsordnung liegt, daß der Berechtigte möglichst viel Freiheit in der Erreichung seines Rechtes hat.[75]) Außer dieser

[73]) So auch richtig Lent a. a. O. S. 85.
[74]) So auch Schmidt S. 82.
[75]) So auch Kipp in der Festschrift für Martitz S. 239.

Erwägung spricht für eine wahlweise Anwendbarkeit mehrerer in Betracht kommender Gesetze der allgemein anerkannte Auslegungsgrundsatz, daß es für eine restriktive Auslegung immer besonderer Gründe bedarf. Als Erscheinungsform einschränkender Auslegung eines Gesetzes ist aber auch die Auslegung anzusehen, die einem Gesetze nur Anwendbarkeit in den Fällen zuschreibt, in denen der Tatbestand eines anderen Gesetzes nicht gegeben ist. Wann verdrängt nun ein Gesetz das andere?

Nach Schmidt S. 82 ff. soll einmal dann eine Verdrängung eintreten, wenn durch Anwendung des einen Gesetzes die Beschränkungen des anderen illusorisch gemacht würden; sodann, wenn die Fälle, in denen die Tatbestände beider Gesetze vorliegen, und die Fälle, in denen nur der Tatbestand des einen vorliegt, vom Standpunkt vernünftiger Abwägung der Interessen der Beteiligten völlig gleich zu werten sind.

Was zunächst den erstgenannten Grundsatz angeht, so wird er bei der Behandlung des Zusammentreffens mehrerer Gesetze allgemein als Verdrängungsgrund anerkannt.[76]) Die Verdrängung kann bald in strengerer, bald in milderer Form auftreten. Erstere liegt dann vor, wenn eine Norm oder ein ganzer Normenkomplex durch die konkurrierenden Normen ausgeschlossen wird.[77]) Bei der milderen Form der Verdrängung kommt hingegen die Norm oder ihr ganzer Komplex zur Anwendung, aber nur unter den Beschränkungen des anderen Gesetzes.[78]) Wann die eine oder die andere Erscheinungsform der Verdrängung gegeben ist, läßt sich nur im Einzelfalle absehen, wie die ganze Frage, ob überhaupt die Beschränkungen des einen Gesetzes durch Anwendung des anderen praktisch bedeutungslos werden, der eingehendsten Würdigung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte bedarf. In der Regel

---

[76]) Z. B. erklären R. G. 61 S. 175 und die bei Enneccerus I, 2 § 335 Anm. 11 Angeführten, daß im Falle des Zusammentreffens von §§ 459 ff., 119 Abs. 2 die Anfechtung durch § 459 ff. verdrängt werde. Anderenfalls würde die Absicht des Gesetzgebers, die Haftung wegen grobfahrlässig vom Käufer nicht entdeckter Fehler ganz ausschließen (§ 460) und sie im übrigen auf kurze Frist zu beschränken (§ 477) vereitelt werden, weil die Anfechtung durch grobfahrlässigen Irrtum nicht ausgeschlossen werde und auch, wenn dieser erst nach Jahren entdeckt werde, noch erfolgen könne.

[77]) Z.B in dem Anm. 76 angeführten Konkurrenzfalle, in dem nach richtiger Ansicht die Irrtumsvorschriften (§ 119 Abs. II) durch §§ 459 ff. ausgeschlossen sind. A. A. Schmidt a. a. O. S. 86; Lent a. a. O. S. 345 und die bei Ortmann 2 c zu § 459 Genannten.

[78]) Z. B. soll nach R. G. 63, 269 bei Konkurrenz des Anfechtungsrechts nach § 123 und des Anspruchs nach § 826 die Geltendmachung des Anspruchs aus § 826 nur innerhalb der Anfechtungsfrist des § 124 möglich sein. Vgl. gegen diese Ansicht unten S. 59.

kann nur unter zwei Voraussetzungen [79]) von einer Ausschaltung der Beschränkungen eines Gesetzes durch ein anderes gesprochen werden. Einmal wenn die Rechtsfolgen des einen Gesetzes, für den Berechtigten nur in ganz seltenen Fällen günstiger, dagegen in den meisten Fällen ungünstiger sind als die des anderen. Denn nur, wenn in ganz wenigen Fällen das eine Gesetz denjenigen, zu dessen Gunsten die beiden Gesetze erlassen sind, besser und in der Überzahl schlechter stellt als das andere, kann davon die Rede sein, daß die Beschränkungen des ersteren Gesetzes durch Anwendung des anderen illusorisch werden. Die weitere Voraussetzung muß sein, daß der Tatbestand des ersteren Gesetzes nur unwesentlich weiter ist, als der des anderen. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung. Zur Behandlung stehen die Fälle der sich schneidenden Tatbestände. Da in diesen Fällen jeder der Tatbestände neben den beiden gemeinsamen Merkmalen noch besondere Merkmale aufweist, also jeder gegeben sein kann, ohne daß zugleich (wie im Falle der Spezialität) der andere vorliegt, so kann an sich aus dem Verhältnis der Tatbestände kein Schluß gegen die wahlweise Anwendbarkeit der beiden Gesetze gezogen werden, ebensowenig wie dies bei dieser Lagerung der Tatbestände aus dem Verhältnis der Rechtsfolgen möglich ist. Das kann nur anders sein, wenn ein Verhältnis zwischen den Tatbeständen besteht, das eine Annäherung an die Rechtsfigur der Spezialität bedeutet. Eine solche Annäherung ist aber dann gegeben, wenn der Tatbestand des einen Gesetzes nur unwesentlich weiter ist, als der des anderen.[80])

Gegen die Richtigkeit des von Schmidt weiterhin als Verdrängungsgrund angeführten Grundes bestehen keine Bedenken. Er entspricht dem oben vertretenen Standpunkt, daß bei der Entscheidung darüber, ob eine Verdrängung Platz greifen soll, eine Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte stattfinden muß.[81])

Besteht hinsichtlich der Behandlung der sich schneidenden Tatbestände zwischen dem Ergebnis unserer Untersuchungen und der Lehre Schmidts — abgesehen von gewissen Einschränkungen — im wesentlichen Übereinstimmung, so trifft dies nicht zu für die nach

---

[79]) Schmidt S. 83. Jedoch können diese Regeln nur im allgemeinen als ausschlaggebend für die Entscheidung angesehen werden. Es kann sein, daß aus einem anderen Grunde, z. B. die Rücksicht auf das Interesse des Verkehrs an der Ausschließlichkeit der einen Norm, im Falle der Konkurrenz zwischen § 459 ff., § 119 II, wenn auch die beiden Voraussetzungen für eine Verdrängung nicht gegeben sind, eine Verdrängung eintritt. Vgl. oben Anm. 76.

[80]) Über einen besonders gearteten Fall des Illusorischwerdens der Beschränkungen des einen Gesetzes bei Anwendung auch des anderen, vgl. Schmidt S. 83.

[81]) Die von Lent übernommene Konkurrenzform der Konsumtion kommt für das bürgerliche Recht nicht in Betracht. Vgl. dazu die Ausführungen von Schmidts S. 230 ff.

unserer Ansicht bei Zusammentreffen mehrerer Gesetze allein noch denkbare Tatbestandskategorie. Wie schon oben angedeutet, sind wir der Meinung, daß die lex specialis in jedem Falle die Anwendbarkeit der lex generalis ausschließt. Diese wohl auch allgemein vertretene Ansicht wird von Schmidt als unrichtig bekämpft. Schmidt hält es für möglich, daß die lex specialis gegenüber der lex generalis auch alternativ oder kumulativ gemeint ist. Den Beweis dafür, daß die lex generalis auch in den Fällen der lex specialis anwendbar ist, glaubt er aus dem Gesetz entnehmen zu können. Er argumentiert folgendermaßen [82]): § 480 sei Spezialfall von § 459, § 462. Spezialisierendes Moment in § 480 sei der Umstand, daß es sich um eine Gattungssache handele. Trotzdem sei die lex generalis auch hier anwendbar, wie sich ohne weiteres aus dem Gesetz ergebe. Denn § 480 sage, der Käufer könne Nachlieferung statt Wandelung oder Minderung fordern. — Daß der Berechtigte im Fall des § 480 die Wahl zwischen den genannten Rechtsfolgen hat, ist richtig; die Folgerung Schmidts, daß damit das Gesetz die allgemeinen Vorschriften über Gewährleistung für anwendbar erkläre, ist aber falsch. Die Tatsache, daß die lex specialis dem Berechtigten auch die Rechtsfolge der lex generalis zur Wahl stellt, bedeutet doch nicht, daß auch die lex generalis anwendbar ist. Anwendbar kann ein Gesetz nur dann sein, wenn sein Tatbestand gegeben ist. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn der Gesetzgeber einen selbständigen Tatbestand schafft, um einen auch der allgemeinen Vorschrift unterfallenden Vorgang mit Rücksicht auf einen besonderen Umstand besonders zu regeln. Durch dieses Verhalten zeigt der Gesetzgeber an, daß für diesen besonderen Fall eine besondere Regelung eintreten soll. Der logische Fehler, der Schmidt bei seiner Beweisführung unterläuft, liegt klar; er identifiziert das Gegebensein einer Rechtsfolge mit dem Gegebensein eines Tatbestandes. Man kann aber nicht folgendermaßen deduzieren: Wenn jemand wandeln oder mindern oder Nachlieferung verlangen kann, so vermag er dies, weil der Tatbestand der §§ 459, 480 vorliegt; es muß vielmehr heißen: Sind diese 3 Rechtsfolgen gegeben, so handelt es sich um einen Fall der Gewährleistung für Fehler einer Gattungssache (§ 480). Schmidts Behauptung, daß die lex generalis auch in den Fällen der lex specialis anwendbar sein könne, ist also zurückzuweisen. Die lex specialis hat immer exklusive Bedeutung.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen läßt sich dahin zusammenfassen:

I. Stehen die konkurrierenden Gesetze im Verhältnisse von lex specialis und lex generalis zueinander, dann kommt nur die lex specialis zur Anwendung;

---

[82]) A. a. O. S. 34.

II. Schneiden sich die Tatbestände der konkurrierenden Gesetze, dann kommt es auf das Verhältnis ihrer Zwecke an.

1. Decken sich diese weder ganz noch teilweise, dann können die Rechtsfolgen der Gesetze gehäuft werden;

2. findet dagegen eine mehr oder minder große Deckung der Zwecke statt, dann ist eine Häufung der Rechtsfolgen ausgeschlossen. Die Frage, ob in diesem Falle der Berechtigte die Wahl zwischen den Rechtsfolgen der beiden Gesetze hat oder das eine Gesetz verdrängende Bedeutung hat, ist dahin zu beantworten:

   a) Für die wahlweise Anwendbarkeit der Gesetze besteht eine Vermutung.

   b) Eine Wahl zwischen ihnen ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Zweck eines Gesetzes die Verdrängung des anderen verlangt. Diese Feststellung kann nur unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände getroffen werden.

      Im allgemeinen verdrängt das eine Gesetz das andere nur dann, wenn

      aa) die Rechtsfolgen des einen Gesetzes für den Berechtigten nur in wenigen Fällen günstiger, dagegen in den meisten Fällen ungünstiger sind, als die des anderen; und wenn

      bb) der Tatbestand des ersteren nur unwesentlich weiter ist, als der des letzteren.

An Hand der hier aufgestellten Grundsätze kann nunmehr die Frage beantwortet werden, ob der infolge arglistiger Täuschung Enterbte alle im ersten Teil dargestellten Rechtsbehelfe verwirklichen kann, oder ob und in welcher Beziehung er in seiner Rechtsverfolgung beschränkt ist.

b) Die Konkurrenz der erbrechtlichen Rechtsbehelfe.

§ 6.

1. Das Verhältnis der §§ 2078 II, 2339 I, Nr. 3 zueinander.

Wie sich bereits aus den Untersuchungen des ersten Teils erkennen läßt, sind unter den erbrechtlichen Rechtsbehelfen für die Rechtsstellung des Enterbten von besonderer Bedeutung die Testamentsanfechtung und die Erbunwürdigkeitsklage. Mit ersterer ver-

mag der Enterbte die Rechtsstellung, wie sie ohne Täuschung des Erblassers bestehen würde, herzustellen; mit letzterer kann er, falls er zu den nach § 2341 Anfechtungsberechtigten gehört, den Erbunwürdigen von der Erbfolge völlig ausschließen. Von wie großer praktischer Tragweite die Frage ist, ob der Enterbte die beiden Rechtsfolgen häufen kann, oder ob er nur die Wahl hat, die eine oder die andere geltend zu machen, bzw. ob der eine Rechtsbehelf als spezieller oder nach seinem Zweck den anderen verdrängt, zeigt sich besonders dann, wenn der Enterbte und der Erbunwürdige gesetzliche Erben des Testators sind und der Erbunwürdige keine Deszendenten hat. Beseitigt der Enterbte durch Anfechtung nach § 2078 II die ihn von der gesetzlichen Erbfolge ausschließende letztwillige Verfügung, so tritt der Zustand wieder ein, wie er vor Täuschung des Erblassers bestand, d. h. er und der Erbunwürdige sind gesetzliche Erben. Könnte der Enterbte nun noch den Erbunwürdigen durch Anfechtung nach §§ 2393 I Nr. 3, 2342 von der gesetzlichen Erbfolge ausschalten, so würde sich sein gesetzlicher Erbteil erhöhen; er würde also besser stehen, als wenn er nie enterbt gewesen wäre. Das gleiche Ergebnis könnte er in diesem Falle erreichen, wenn die Rechtsbehelfe in alternativer Konkurrenz ständen und er die Erbunwürdigkeit geltend machen würde. Dann würde — wenn der Erbunwürdige allein eingesetzt war — infolge des Wegfalls des Erbunwürdigen die diesen einsetzende letztwillige Verfügung unwirksam werden und der Enterbte den gesamten Nachlaß erhalten. Anders wäre der Erfolg bei Annahme alternativer Konkurrenz allerdings, wenn der Enterbte die Testamentsanfechtung wählen würde. Dann würde er und der Erbunwürdige gemäß der wiederhergestellten gesetzlichen Erbfolge erben. Die den beiden Alternativen entsprechenden Ergebnisse würden eintreten je nach verdrängender Kraft des einen oder anderen Rechtsbehelfs.

Die Konkurrenzfrage ist nach den von uns gefundenen Grundsätzen zu entscheiden. Zunächst ist das Verhältnis der Tatbestände der beiden Rechtsbehelfe festzustellen, d. h. zu prüfen, ob die beiden Normen im Verhältnis von lex specialis und lex generalis zueinander stehen, oder ob es sich um einen Fall sich schneidender Tatbestände handelt.

Erstere Tatbestandskategorie liegt nicht vor; weder ist § 2078 II als Spezialregel zu § 2339 I Nr. 3 anzusehen, die für ihr Gebiet § 2339 I Nr. 3 als lex generalis verdrängt, noch umgekehrt § 2339 I Nr. 3 als lex specialis zu § 2078 II zu erachten. Als Spezialität hatten wir ein Verhältnis der Tatbestände bezeichnet, bei dem der Tatbestand des einen Gesetzes stets auch die Tatbestandsmerkmale des anderen umfaßt, diesem aber noch ein oder einige andere Merkmale hinzufügt. Hier ist nun die Sache so, daß der eine Tatbestand in einigen Beziehungen enger, in einigen hingegen weiter ist als der

andere. So ist zwar der Tatbestand des § 2339 I Nr. 3 enger als der des § 2078 II insofern, als er nur bei arglistiger Täuschung des Erblassers gegeben ist, während nach § 2078 II jeder Irrtum des Erblassers zur Anfechtung berechtigt; er ist aber auch weiter, als der des § 2078 II insofern, als § 2339 I Nr. 3 ein weiteres Anwendungsgebiet hat. Denn einmal ist nach § 2341 anfechtungsberechtigt nicht wie nach § 2080 nur der unmittelbar Nächstberufene, sondern jeder, der auch nur ein mittelbares Interesse, und sei es als letzter gesetzlicher Erbe, an dem Wegfall des Erbunwürdigen hat. Sodann richtet sich die Anfechtung nach § 2078 II nur gegen Verfügungen von Todes wegen, die Anfechtung nach § 2339 I Nr. 3 kann sich aber auch gegen die Berufung kraft Gesetzes richten. Es handelt sich also bei Zusammentreffen der §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 um einen Fall sich schneidender Tatbestände. Hinsichtlich dieser Tatbestandskategorie kommt es für das Verhältnis der Rechtsfolgen nach unseren Feststellungen S. 42 zunächst darauf an, ob sich die Zwecke der Gesetze ganz oder teilweise decken oder sich überhaupt nicht decken. Die Zwecke der §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 sind nun gänzlich verschieden, wenn auch, wie das oben angeführte Beispiel zeigt, sie mitunter beide durch Geltendmachung des einen Rechtsbehelfs erreicht werden können.[83]) Der Zweck der Anfechtung nach § 2078 II ist die Beseitigung der letztwilligen Verfügung; durch sie soll verhindert werden, daß ein mangelhafter Wille des Erblassers Geltung behält. Ihr Ziel ist also die Vernichtung einer auf Willensfehlern beruhenden Erklärung, nicht aber den vermutlich wahren Willen des Erblassers durchzusetzen.[84]) Die Anfechtung nach § 2339 I Nr. 3 beruht dagegen nicht auf Willensfehlern des Erblassers, sondern auf Handlungen des Erben, die sich gegen den Erblasser oder dessen letztwillige Verfügung richten. Ihr Zweck ist, die Ausschaltung desjenigen herbeizuführen, durch dessen Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers die von diesem gewollte Erbfolge ungewiß geworden ist, allerdings nicht zur Strafe des Erbunwürdigen für sein Verhalten (Protokolle V S. 641, S. 636, 638), sondern weil seine Ausschließung vermutlich im Sinne des Erblassers liegt[85]) (Prot. V S. 641). Decken sich also die Zwecke der beiden Rechtsbehelfe weder ganz noch teilweise, so steht nach den von uns entwickelten Grundsätzen ihrer unbeschränkten Geltendmachung nichts entgegen.

---

[83]) Womit dann das andere Anfechtungsrecht infolge Zweckerreichung untergeht. Vgl. Seckel a. a. O. S. 232; Hellwig Lehrb. I S. 271; von Tuhr I S. 202.

[84]) Letzteres mit Recht Krug a. a. O. S. 122; Endemann III, 1 S. 517.

[85]) Gegen diese Begründung der Protokolle, die dem Rechtsempfinden des Volkes, das hier eine Strafe begehrt, nicht gerecht wird, treffend Strohal Erbrecht § 60; Endemann III, 2 S. 808.

Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch Staudinger, Endemann und Hausmann.[86]) Dagegen meint Windscheid-Kipp III S. 723, daß die Anfechtung wegen Irrtums derjenigen wegen Erbunwürdigkeit vorgeht. Diese ohne jede nähere Begründung aufgestellte Behauptung läßt zweierlei Deutungen zu. Soweit damit eine verdrängende Kraft des § 2078 II gegenüber § 2339 I Nr. 3 im Sinne der Gesetzeskonkurrenz behauptet sein sollte, wäre diese Meinung aus den obigen Gründen zurückzuverweisen. Es ist aber auch denkbar, daß mit diesen Worten gesagt sein soll, die Anfechtung nach § 2078 sei von Einfluß auf das Bestehen der Erbunwürdigkeit. Diese Ansicht wird verschiedentlich im Schrifttum vertreten. Daß dies der Fall ist, wenn der Erbunwürdige durch Anfechtung jedes Recht auf den Nachlaß verliert, haben wir bereits oben S. 44 erwähnt. Darüber hinaus messen aber Baden [87]) und Joachimcyk [88]) unter Berufung auf § 2339 II („Die Erbunwürdigkeit tritt in den Fällen des Abs. 1 Nr. 3, 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritte des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt worden ist, unwirksam geworden ist . . .") der Testamentsanfechtung präjudizielle Bedeutung in dem Sinne bei, daß durch die Anfechtung nach § 2078 II jeder Klage aus § 2342 der Boden entzogen werde. Nach dieser Ansicht kann der Enterbte nur dann beide Rechtsbehelfe nebeneinander zur Durchführung bringen, wenn er zuerst Erbunwürdigkeitsklage erhebt und dann erst nach § 2078 II anficht, nicht hingegen, wenn er die umgekehrte Reihenfolge wählt. Baden a. a. O. S. 13, S. 56 argumentiert folgendermaßen: „Wird die letztwillige Verfügung angefochten, so ist durch die Anfechtung für die Zeit des Erbfalls die dem unbeeinflußten Willen des Erblassers entsprechende Lage hergestellt. Nach § 2339 II ist solchenfalls die Erbunwürdigkeit des Täuschenden niemals eingetreten, da das Unwirksamwerden der fraglichen Verfügung vor dem Eintritt des Erbfalls die Erbunwürdigkeit ausschließt und nach allgemeinen Rückwirkungsgrundsätzen (§ 142 I) die Verfügung vom Zeitpunkt ihrer Errichtung ab nichtig ist. Es kann also nicht mehr wegen Erbunwürdigkeit angefochten werden, wenn Anfechtung nach § 2078 II erfolgt ist. Dagegen wenn zuerst wegen Erbunwürdigkeit angefochten wird, können noch sämtliche Anfechtungsrechte aus § 2078 verwirklicht werden, da sie noch nicht ausgeübt, demnach auch nicht untergegangen sind." Eine Einschränkung der von Baden behaupteten Art durch § 2339 II ist aber in Wirklichkeit nicht gegeben. Seine Ansicht beruht auf einer Überreizung des Fiktionsgedankens. Der

[86]) Staudinger Anm. 4 § 2339; Endemann III, 1 S. 525; Haußmann a. a. O. S. 28.

[87]) A. a. O. S. 13, 56.

[88]) „Die Wirkung einer arglistigen Täuschung des Erblassers bei Testamentserrichtung . . ." S. 56.

Gesetzgeber hat allerdings die souveräne Macht, Rechtsfolgen an einen Tatbestand zu knüpfen; er kann die Anordnung treffen, daß der Tatbestand b bezüglich seiner Rechtsfolgen so zu behandeln ist wie die Tatsache a. Aber seine Gebote haben Wirkung nur auf die ideelle Rechtswelt.[89]) Die Welt der Tatsachen, die ohne sein Zutun sich ereignenden Tatsachen, können sie nicht anders machen, als sie in Wirklichkeit sind; ebenso können sie sie nicht rückwirkend umgestalten.[90]) Ist z. B. der zur Erbschaft *berufene* Erbe in das Besitzverhältnis eingetreten (§ 857) und hat er auf Grund dessen den Besitz „tatsächlich ergriffen", so hat er *keine* Eigenmacht geübt. Wenn er nun die Erbschaft ausschlägt oder sein Erbschaftserwerb angefochten wird, so kann er zwar (falls er die Anfechtbarkeit kannte) als bösgläubiger Erbschaftsbesitzer behandelt werden, aber die Erbschaftssachen sind keine „abhanden gekommenen".[91]) Denn das Gesetz kann nur bezüglich der in der Gegenwart in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse anordnen, es so zu halten, als wäre die Vergangenheit eine andere gewesen, als sie wirklich war; diese selbst kann sie aber nicht nach rückwärts umgestalten.[92]) Für die Frage, ob dem Wortlaut des § 2339 II eine Geltendmachung der Erbunwürdigkeit nach erfolgter Testamentsanfechtung entgegensteht, ergibt sich aus diesen Betrachtungen folgendes: Das Gesetz schließt diese Reaktionsmöglichkeit nur aus, wenn eine Unwirksamkeit vor dem Erbfall eingetreten ist. Eine solche ist aber nicht schon *vor dem Erbfall* vorhanden, wenn das Testament nach dem Erbfall im Wege der Anfechtung seiner Wirksamkeit beraubt wird. Kann demnach die Anfechtung nach § 2078 eine die Erbunwürdigkeit nach § 2339 II ausschließende Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen vor dem Erbfall nicht herbeiführen, so ist es nicht nötig, daß der Enterbte den von Baden vorgeschlagenen Weg wählt, wenn er die beiden Anfechtungsrechte nebeneinander geltend machen will. Das Ergebnis, daß die beiden Rechtsbehelfe ohne Rücksicht aufeinander verwirklicht werden können, erfährt — wie schon verschiedentlich angedeutet — praktisch nur dann eine Einschränkung, wenn durch die Ausübung des einen zugleich der Zweck des anderen erreicht wird. Dann erscheint die Verwirklichung des letzteren als völlig überflüssig. Indessen ist in manchen Fällen mit der Vernichtung des Testaments bzw. der Ausschaltung des

---

[89]) Hellwig. „Grenzen der Rückwirkung" in der Gießener Festschrift 1907 S. 26.

[90]) So auch schon Bekker, System, II S. 309.

[91]) Hinsichtlich der Ausschlagung für gleiche Behandlung wie oben, Kipp Erbrecht § 51 Anm. 8; Wolff, Sachenrecht. § 12 Anm. 4, A. A. Rosenberg Kom. II, 2 b zu § 857 und ein Teil der dort Aufgeführten. Aber auch für den anfechtbar Eingesetzten muß dies gelten, denn auch er setzt sich nicht wie ein Nichterbe in den Besitz einer Erbschaftssache.

[92]) Hellwig a. a. O. S. 26; von Tuhr II, 1 § 43 S. 13.

Erbunwürdigen dem Enterbten nicht in jeder Beziehung geholfen. Hat z. B. der Erbunwürdige Nachlaßsachen an einen Dritten, der von dem Irrtum des Erblassers Kenntnis hat, veräußert und ficht der Enterbte nun den Erbschaftserwerb des Erbunwürdigen mit dem Erfolg an, daß zugleich das Testament unwirksam wird, so würde er des Eigentums an den Sachen, die der Dritte erworben hat, verlustig gehen. Denn der Dritte hatte im guten Glauben an das Eigentum des Erbunwürdigen die Sachen von diesem erworben. Die Fiktion der §§ 2344, 857 kann die Sachen nicht im Sinne des § 935 zu abhanden gekommenen Sachen machen.[93]) Der Enterbte könnte die Sachen nur dann zurückerlangen, wenn der Dritte gemäß § 142 II behandelt werden könnte. Dazu wäre aber Voraussetzung, daß der Enterbte das Testament angefochten hätte; denn § 142 kann auf die Anfechtung nach § 2339 nicht zur Anwendung gelangen, weil § 142 nur für die Anfechtung von Rechtsgeschäften gilt, und es an einer ausdrücklichen Anwendbarkeitserklärung dieser Bestimmung in den Vorschriften über die Erbunwürdigkeit fehlt.[94]) Um die Rechtsfolgen des § 142 I herbeizuführen, müßte der Enterbte also noch das Testament anfechten. Obwohl von einer Zwecklosigkeit dieser Anfechtung nach dem Vorausgehenden keine Rede sein kann, wird die Zulassung der Anfechtung allgemein mit der Begründung verneint, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden könne, da etwas Nichtvorhandenes nicht beseitigt werden könne.[95]) Gegen diese Ansicht wendet sich Kipp in seinem Aufsatz: „Über Doppelwirkungen im Recht".[96]) Er wirft der h. L. vor, daß sie, verführt durch die naturwissenschaftliche bildliche Ausdrucks- und Betrachtungsweise, das „Entstehen", „Erlöschen" und „Untergehen" von Rechten und Rechtsverhältnissen für mehr als ein Bild nehme. Allerdings könne ein brennendes Licht nicht mehr angezündet werden, ebensowenig wie ein Toter noch getötet werden könne, oder wie man da, wo kein Baum stehe, einen fällen könne. Was man Rechtswirkung nenne, dürfe aber nicht als ein wirkliches Entstehen oder Untergehen der Rechte im naturwissenschaftlichen Sinne aufgefaßt werden, sondern sei lediglich ein Unbedingtwerden eines hypothetischen Imperativs oder die Befreiung von einem solchen. Von diesem Standpunkt sei gegen die doppelte Begründung oder Verneinung eines Rechtsverhältnisses nichts einzuwenden.

---

[93]) Vgl. oben S. 46.

[94]) Poltrock a. a. O. S. 38 folgert zu Unrecht aus der einheitlichen Behandlung der Anfechtbarkeit im B.G.B. die analoge Anwendbarkeit des § 142 II; wie Poltrock auch Windscheid-Kipp III § 674 S. 730. Das eine Anwendung des § 142 II nicht möglich ist, ergibt sich argumentum e contrario aus § 1343 I, 2.

[95]) Staudinger-Riezler § 119 IX; Leonhard D. J. Z. 1905 S. 20 ff.; Henle in der Festschrift für Zitelmann 1913 S. 29 ff.; Schmidt a. a. O. S. 20 f.; von Tuhr II S. 41.

[96]) In der Berliner Festgabe für Martitz, Berlin 1911, S. 211 ff.

Kipps Lehre ist zuzustimmen. Daß bei dem Entstehen, Übertragen, Erlöschen von Rechten nicht von Lebendigem die Rede ist, sondern es sich um reine Konstruktionen handelt, ist seit langem in der Rechtswissenschaft anerkannt.[97]) Ist dies aber richtig, so ist nicht einzusehen, warum nicht ein Recht mehrfach begründet oder verneint werden kann. Trotzdem meint die h. L., daß aus Gründen der Logik die von Kipp gezogenen Folgerungen falsch sind, denn „die Rechtsverhältnisse existieren zwar nicht als körperliche Dinge, wohl aber als geistige Beziehungen kraft des Gesetzes und sind mit ihrer Existenz dem logischen Kausalitätsgesetz unterworfen".[98]) Eine Rechtsänderung erfolge, „wenn der dem Gesetzesbefehl entsprechende Tatbestand vorliegt, mit unabwendbarer Notwendigkeit".[99]) Wie weit dieser Einwand die Richtigkeit der Kippschen Lehre zu erschüttern vermag, soll im folgenden untersucht werden.

Den Standpunkt der h. L. verteidigt gegen Kipp besonders Henle.[100]) Henle hat richtig erkannt, daß in Kipps Lehre zwei Ansichten beschlossen sind. Kipps Behauptung, daß die Verwandlung eines hypothetischen „Du sollst" in ein unbedingtes mehrfach eintreten könne, läßt sich einmal in dem Sinne verstehen, daß für einen Imperativ nebeneinander oder nacheinander mehrere Gründe maßgebend werden, — also dieselbe Rechtswirkung *aus mehreren Gründen* eintritt, — sie läßt sich aber auch dahin verstehen, daß mehrere Imperative, sei es gleichzeitig oder nacheinander, auf dasselbe Ziel gerichtet sind — also dieselbe Rechtswirkung *mehrmals* eintritt. Beide Wendungen der Kippschen Lehre hält Henle für falsch. Wenn auch nur bei Anerkennung des letzteren Gedankens das von Kipp erstrebte Ziel erreicht werden kann, so bedarf es doch für uns auch einer Verteidigung des ersteren gegen die Angriffe Henles. Dies ergibt sich aus folgendem: Henle behauptet, daß eine Rechtswirkung stets nur einen Grund haben könne. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts könne nicht zugleich durch Drohung und durch Irrtum begründet sein.[101]) Für die uns beschäftigende Frage bedeutet diese Aufstellung Henles, daß ein Nebeneinanderbestehen der Anfechtbarkeit wegen Irrtums und wegen Erbunwürdigkeit, wenn das Ziel der beiden Rechtsbehelfe praktisch dasselbe ist, nicht möglich ist, sondern es sich nur fragen kann, ob das Rechtsverhältnis nach § 2078 II *oder* nach § 2339

---

[97]) Hierauf haben schon Schloßmann, „Der Vertrag", 1877 S. 247 und Windscheid I § 63 1 hingewiesen. Vgl. auch Schuppe, „Gruchots Beiträge", 34 S. 280, „Begriff des subjekt. Rechts" S. 158 ff.

[98]) Von Tuhr a. a. O. II § 43 Note 7.

[99]) Von Tuhr II S. 5.

[100]) A. a. O. S. 29 ff.

[101]) A. a. O. S. 43.

Nr. 3 anfechtbar ist. Wäre Henles Behauptung richtig, so wären die von uns über die Verträglichkeit der beiden Rechtsbehelfe getroffenen Feststellungen falsch.

Henle führt für seine Ansicht einmal ins Feld, daß die Rechtsordnung ein gewisses Prinzip der Sparsamkeit verfolge. Die Rechtsordnung halte es nicht für nötig, einen Befehl auf Grund einer Tatsache zu erlassen, wenn derselbe Befehl sich bereits auf eine andere Tatsache gründen lasse.[102]) Daß unsere Rechtsordnung ein solches Sparsamkeitsprinzip vertritt, ist aber nicht zutreffend. Das Gegenteil läßt sich vielmehr aus der erweiterten Anerkennung des Rechts an eigener Sache und vor allem aus der schon bei der Behandlung der allgemeinen Konkurrenzfrage mitgeteilten Erwägung entnehmen, daß es im Interesse des Gesetzgebers liegt, den Berech tigten in der Verfolgung seines Rechts nicht zu beschränken. Eine Einschränkung in der Freiheit seiner Rechtsverfolgung wäre aber darin zu erblicken, daß der Berechtigte nicht aus allen ihm zur Seite stehenden Tatsachen sein Recht herleiten dürfte.

Auch die weiteren von Henle gegen den von uns vertretenen Standpunkt erhobenen Bedenken können nicht durchgreifen. Henle meint a. a. O. S. 42, das Denken des Juristen sollte sich so wenig wie möglich von dem anderer Menschen unterscheiden. Auf den übrigen Denkgebieten stehe es aber mit Ursache und Wirkung so, daß eine Wirkung zuweilen auf einer einzigen Ursache beruhe, zuweilen auch mehrere Ursachen habe, nämlich in der Weise, daß eine allein nicht genüge. Sei aber die eine oder die notwendig mehreren Ursachen gegeben, so sei das normale menschliche Denken mit dem Gegenstande fertig, es würde *verwirrt* werden, wenn es noch weitere Antworten über die Ursachen jener Wirkung erhielte.

Henles Auffassung ist vorgezeichnet durch die Übernahme der Zitelmannschen Ansicht, daß zwischen der Rechtswirkung und ihren Gründen das Verhältnis von Ursache und Wirkung waltet.[103]) [104]) Eine solche Auffassung, die Anwendung des naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriffes — sei es auch nur eine analoge — auf die Rechtswissenschaft, ist aber nicht möglich,[105]) und es erweist sich daher die Forderung Henles, das juristische Denken dem naiven

[102]) A. a. O. S. 42.

[103]) Vgl. Henle S. 33.

[104]) Zitelmann versucht in „Irrtum und Rechtsgeschäft" S. 211 ff. eine Analogie zwischen Naturgesetz und Norm herzustellen — wobei Naturgesetz identisch ist mit Kausalgesetz — und gelangt so zur Annahme einer quasikausalen Beziehung zwischen bestimmten Tatbeständen und einer Verpflichtung der Untertanen.

[105]) So auch Ehrenzweig System des Österr. Allgem. Privatrechts I 1. Wien 1925, S. 136.

Denken anzugleichen, als unberechtigt. Denn die Rechtswissenschaft hat es nicht wie die Naturwissenschaft mit der Erklärung tatsächlichen Geschehens, sondern mit der Erfassung von Normen zu tun. Es ist das Verdienst der modernen Rechtsphilosophie, die juristische Methode von der kausalwissenschaftlichen Methode getrennt zu haben.[106]) Zwischen der Rechtswirkung und ihren Gründen herrscht weder das zeitliche Verhältnis von Ursache und Wirkung,[107]) noch stellt sich das Verhältnis von Tatsache zum rechtlichen Effekt als ein solches der Motivation von Partei- bzw. richterlichem Verhalten dar,[108]) sondern die Tatsache ist Bedingung oder Funktion der im Rechtssatz ausgesprochenen Rechtsfolgen.[109]) Ist dies aber der Fall, dann bestehen keine Bedenken, demselben Imperativ mehrere nebeneinander oder hintereinander auftretende Gründe zuzuordnen.[110])

Henles Ansicht führt aber auch zu praktisch unerträglichen Ergebnissen. Er gibt a. a. O. S. 43 f. bei Zusammentreffen der Anfechtungsgründe wegen Drohung und wegen Irrtums dem Anfechtungsgrund wegen Irrtums den Vorrang.[111]) Nach § 121 muß nun die Anfechtung aus diesem Grunde unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis von dem Irrtum erfolgen. Zu dieser Zeit kann aber die Zwangslage noch bestehen. Dann wäre die Anfechtungsfrist versäumt, wegen Drohung kann aber nicht angefochten werden! Henle meint nun in Erwägung dieses Umstandes, daß in diesem Falle wegen Drohung angefochten werden könne. Denn der Anfechtungsgrund wegen Drohung werde nur solange verdrängt, wie der andere bestehe. Falle dieser fort, dann erwache jener. — Das ist aber ein vergeblicher Versuch Henles, aus der

---

[106]) Dazu vgl. besonders die Schriften Felix Kaufmanns, „Logik und Rechtswissenschaft", Tübingen 1922 und „Die Kriterien des Rechts", Tübingen 1924.

[107]) Vgl. gegen Zitelmanns juristischen Kausalitätsbegriff Bierling, „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe" II. Teil S. 266 ff., S. 277 ff.

[108]) Wie Schloßmann a. a. O. S. 273, 274 lehrt, und Kipp im Widerspruch zu seiner richtigen Formulierung, daß Rechtswirkung das Unbedingtwerden eines hypothetischen Imperativs sei, S. 222 a. a. O. erklärt. Dagegen mit Recht Henle S. 32. Die Rechtswirkungen beruhen nicht auf Motivation. Als Motiv wirkt auf das Verhalten anderer nicht unmittelbar die juristische Tatsache, sondern — wenn man Normen überhaupt motivierende Kraft zuerkennen will — erst die aus ihr entspringende Rechtsfolge ein, also z. B. nicht die Aneignung, sondern das Eigentum.

[109]) So auch Kaufmann, „Logik und Rechtswissenschaft", S. 59, 100.

[110]) Ebenso Fischer, Archiv f. zivil. Praxis, 117, S. 186.

[111]) „Der Irrtum über den Inhalt der Erklärung ist das logische Prius. Er ist fundamental gegenüber der Drohung. Die mangelhafte Entstehung des Willens kommt erst in Betracht, wo der Wille überhaupt vorhanden ist. Ist aber nicht einmal der Inhalt der Erklärung gewollt, so liegt die mangelhafte Bildung des Willens in der Ferne."

Grube herauszukommen, die er sich selbst gegraben hat. Entweder verdrängt der eine Grund den anderen, oder er verdrängt ihn nicht. Außerdem ist es aber nicht richtig, daß der Anfechtungsgrund wegen Irrtums weggefallen ist, und somit der Anfechtungsgrund wegen Drohung aus seinem „Schlummer" „erwachen" kann. Der Anfechtungsgrund besteht vielmehr weiter, nur eine Anfechtung wegen Irrtums ist gemäß § 121 ausgeschlossen. Im übrigen ist der praktische Wert der Feststellungen Henles über die Konkurrenz der Anfechtungsgründe sehr fragwürdig. Denn Henle läßt (S. 45), trotzdem nach ihm die Anfechtung nach § 119 der wegen Drohung vorgeht, letztere auch zu, um die Haftung des nach § 119 Anfechtenden auf Ersatz des negativen Interesses (§ 122) zu beseitigen. Was hat es dann überhaupt für einen Zweck, tiefgründige Betrachtungen über die logische Priorität der Anfechtung wegen Irrtums anzustellen und sie allein für gegeben zu erklären, wenn dann doch die Anfechtung wegen Drohung in jedem Falle Platz greift? Die Erklärung, daß eine Rechtswirkung mehrere Gründe haben kann, klärt die Sachlage doch viel ungezwungener, ja vermag allein — wie auch Henle S. 31 anerkennt — in manchen Fällen, in denen der gleiche Grund einer Rechtswirkung gleichzeitig mehrmals maßgebend wird,[112]) „das Denken über diese Erscheinung, die von der körperweltlichen Auffassung in der Tat schwer zu erklären sein dürfte,[113]) zu beruhigen".[114])

Für dieselbe Rechtswirkung können also mehrere Gründe maßgebend sein.

Kann aber dieselbe Rechtswirkung mehrmals eintreten, ein nichtiges Rechtsverhältnis noch angefochten werden? Henle macht S. 34 hiergegen zunächst geltend, daß ein und derselbe Befehl nicht zweimal ergehen könne. Man könne ihn wohl zweimal aussprechen, um ihn besser einzuprägen, aber es bleibe immer ein einziger Befehl. Entweder solle ein Rechtsgenosse sich in bestimmter Weise verhalten oder er soll es nicht; aber er könne es nicht mehrmals sollen.

Henles Ausführungen sind nicht recht verständlich. Warum sollte derselbe Befehl nicht mehrmals ergehen können? Seit dem Römischen Recht bis zur heutigen Zeit besteht doch kein Zweifel darüber, daß mehrere Verpflichtungen zu ein und derselben Leistung nacheinander begründet werden können. Das bedeutet aber doch, daß dasselbe „Du sollst..." mehrmals befohlen werden kann. — Henle kann auch nicht gegen das Vorliegen von Doppelwirkungen einwenden, daß es sich in den Fällen, die Kipp im Auge habe, gar nicht um Doppelwirkungen, sondern um Begründung

---

[112]) Z. B. Mieter und Vermieter kündigen gleichzeitig das Mietsverhältnis.
[113]) Vgl. die Wiedergabe der Henle'schen Kausalitätsauffassung oben S. 49.
[114]) Henle a. a. O. S. 31.

mehrerer Obligationen auf dieselbe Leistung handele. Dies wird insbesondere von Fischer behauptet.[115]) Richtig ist zwar, daß es sich in den Fällen, die Kipp vorschweben, um mehrere Obligationen handelt; das ändert aber nichts an dem Vorliegen von Doppelwirkungen. Was unter Rechtswirkung zu verstehen ist, hat Kipp dahin formuliert: Rechtswirkung ist das Unbedingtwerden eines hypothetischen Imperativs oder die Befreiung von einem solchen. Nur auf dies kommt es an. Mögen nun die Obligationen auch verschieden sein, dieselbe Rechtswirkung kann deshalb doch nochmals eintreten, denn derselbe Befehl kann mehrmals ergehen. Das ergibt sich aus folgendem. Hinsichtlich der Frage, ob mehrere Befehle identisch sind, kommt es allein darauf an, ob sie inhaltlich übereinstimmen, denn nur der Inhalt unterscheidet ein Sollen von einem anderen Sollen. Soll A. auf Grund eines Kaufvertrages das Pferd Bellona an B. leisten, so ist dieses Sollen ein anderes als ein auf die Leistung des Pferdes Ajax gerichtetes. Schließt B. aber einen zweiten Kaufvertrag mit A. über das Pferd Bellona ab, so ist der Inhalt des zweiten Sollens des B. derselbe wie der des ersten: B. soll an A. Bellona leisten. Es ergeht also derselbe Befehl nochmals, dieselbe Rechtswirkung tritt ein zweites Mal ein.

Ebenso wie dasselbe Sollen doppelt begründet werden kann, kann es auch doppelt verneint werden.

Weiterhin: Ist der eine Kaufvertrag aus irgend einem Grunde nichtig, der andere wegen Irrtums anfechtbar, so existiert dasselbe Sollen einmal nicht und sodann einmal bedingt nicht. Es ist also gegen Henles[116]) und Fischers[117]) Widerspruch festzustellen: Sollen und bedingtes Sollen, Nichtsollen und bedingtes Nichtsollen lassen sich vereinen.

Haben wir nachgewiesen, daß dasselbe Sollen mehrfach — sei es unbedingt oder bedingt — begründet oder verneint werden kann, dieselbe Rechtswirkung also mehrmals — sei es unbedingt oder bedingt — eintreten kann, so steht auch der Annahme einer mehrfachen Vernichtung eines Rechtsgeschäftes nichts im Wege, da es sich hier ebenso wie in den Fällen, in denen derselbe Befehl auf Grund mehrerer Obligationen ergeht, um ein und dasselbe Sollen handelt — und nur dessen mehrfache Vernichtung steht in Frage. Es ist also mit Kipp gegenüber der landläufigen Meinung festzustellen, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft noch angefochten werden kann.[118])

---

[115]) A. a. O. S. 187.
[116]) A. a. O. S. 35.
[117]) A. a. O. S. 188.
[118]) Ebenso Ehrenzweig a. a. O. S. 136 und die dort Anm. 8 Genannten und Leonhard, Kom. § 2339 I. E 1.

Das so auf logischem Wege gefundene Ergebnis der Möglichkeit, ein nichtiges Rechtsgeschäft anzufechten, hat auch rechtspolitisch eine Berechtigung.

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, haben die Gesetze den Zweck, Bedürfnisse der Menschen zu befriedigen. Die Befriedigung des einen „Ausgleich des Unrechtsverkehrs“ [119]) erheischenden Bedürfnisses würde aber verhindert werden, wollte man in dem oben S. 47 angeführten Falle dem Enterbten die Möglichkeit nehmen, das Testament anzufechten, damit der Erwerber der von dem Erbschleicher veräußerten Nachlaßsachen gemäß § 142 Abs. 2 behandelt werden kann.

§ 7.

2. Das Verhältnis von §§ 2078 II, 2339 I Nr. 5 und 2345 II zueinander.

Im ersten Teil der Arbeit hatten wir festgestellt, daß der Enterbte möglicherweise auch den Pflichtteilsanspruch des Erbschleichers anfechten kann. Pflichtteilsberechtigt ist jemand, wenn er Abkömmling, Elternteil oder Ehegatte des Erblassers ist und durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Besteht demnach ein Anfechtungsrecht gemäß § 2345 II nur, wenn diese Voraussetzungen in der Person des Erbschleichers erfüllt sind, so kann die Frage einer Konkurrenz der Erbunwürdigkeitsklage und der Anfechtung des Pflichtteilsanspruches nie problematisch werden, denn die beiden Rechtsbehelfe können nie gleichzeitig gegeben sein. Ersterer setzt voraus, daß der Erbschleicher gesetzlicher oder testamentarischer Erbe ist, letzterer ist dagegen nur gegeben, wenn der Erbschleicher *nicht* Erbe, sondern nur pflichtteilsberechtigt ist. Auch wenn der Enterbte gegen den Erbschleicher die Erbunwürdigkeitsklage durchgeführt hat, kommt eine Anfechtung des Pflichtteilsanspruches des Erbunwürdigen nicht in Betracht. Da der Erbschleicher durch die Erbunwürdigkeitserklärung *kraft Gesetzes* von der Berufung als gesetzlicher Erbe ausgeschlossen ist, besteht für ihn auch kein Recht auf den Pflichtteil.[120]) Nach Vorangehendem ist also ein Streit darüber, ob in der Zustellung der Klage auf Erbunwürdigerklärung

---

[119]) Kohler, Lehrbuch II S. 471.

[120]) Nach § 2303 ist ein Abkömmling usw. nur pflichtteilsberechtigt, wenn er durch Verfügung des Todes wegen, *nicht auch kraft Gesetzes* von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist. So auch Endemann III, 2 § 159 Ia 4.

an den Erbschleicher zugleich die Anfechtung seines Pflichtteils enthalten ist,[121]) oder ob es noch einer besonderen Anfechtung seines Pflichtteilsanspruches bedarf,[122]) überhaupt nicht möglich.

Während §§ 2339, 2345 II nie zusammentreffen können, also eine Konkurrenzfrage hinsichtlich dieser Bestimmungen überhaupt nicht auftaucht, ist eine Konkurrenz zwischen § 2078 II und § 2345 II sehr wohl möglich. Nach Erörterung der Konkurrenz der §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 bereitet die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Normen keine besondere Schwierigkeit. Was dort über das Verhältnis der Zwecke von Testamentsanfechtung und Erbunwürdigkeitsklage gesagt ist, gilt auch hier. Der Enterbte kann also beide Rechtsbehelfe ohne Rücksicht aufeinander verwirklichen.

§ 8.

3. Das Verhältnis des Pflichtteilsanspruches zu § 2078 II und § 2339 I Nr. 3 bzw. § 2345 II.

Was zunächst die Konkurrenz der §§ 2078 II, 2303 angeht, so kann nur eine Wahlmöglichkeit des Enterbten zwischen den beiden Rechtsbehelfen in Frage stehen.[123]) Daß eine Möglichkeit, die Rechtsfolgen der beiden Bestimmungen zu häufen, für den Enterbten nicht in Betracht kommt, ergibt sich aus § 2303. § 2303 gewährt den Pflichtteilsanspruch nur dem, der von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist. Nach Anfechtung des Testaments seitens des Enterbten ist aber diese Voraussetzung des Pflichtteilsanspruches weggefallen. Aus dem Verhältnis der Tatbestände ergibt sich also schon, daß sich die Zwecke der beiden Bestimmungen — wenigstens teilweise — praktisch decken.

Eine Verdrängung des § 2078 II durch § 2303 tritt nicht ein. Zwar sind die Rechtsfolgen des Pflichtteilsanspruches in allen Fällen ungünstiger als die der Testamentsanfechtung. Denn der Pflichtteil besteht nur in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils und ist nur ein Anspruch gegen den Erben, die Testamentsanfechtung dagegen verschafft dem Enterbten die Erbenstellung. Aber es fehlt an der weiteren Voraussetzung (vgl. oben S. 42), daß der Tatbestand des § 2303 nur in ganz unwesentlichen Beziehungen weiter ist als der des § 2078 II. Der Tatbestand des § 2078 II ist nur gegeben, wenn der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung durch

[121]) Wie Planck § 2345 Anm. 1 und Kretzschmar § 60 Anm. 14 behaupten.
[122]) Staudinger § 2345 Anm. 5; Leonhard § 2345 IV.
[123]) Bzw. eine Verdrängung des einen Rechtsbehelfs durch den anderen.

Irrtum oder Drohung bestimmt worden ist. Während der Pflichtteilsanspruch dem Berechtigten immer zusteht, gleichviel, ob die Verfügung von Todes wegen, durch die er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, gültig oder anfechtbar ist. Der Tatbestand des § 2303 ist also in sehr vielen Fällen gegeben, in denen eine Testamentsanfechtung nicht in Betracht kommt. Da auch sonst keine Gründe für eine Verdrängung des § 2078 II sprechen, hat der Enterbte die Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfen.

Fraglich kann nur sein — und diese Frage erhebt sich in allen Fällen einer Wahlmöglichkeit des Berechtigten zwischen mehreren Rechtsfolgen —, ob der Enterbte, nachdem er angefochten oder seinen Pflichtteil verlangt hat, von seinem ursprünglich erklärten Willen abgehen und zu dem anderen Rechtsbehelf greifen kann. Mangels jeder gesetzlichen Bestimmung könnte man z. B. in dem hier behandelten Konkurrenzfall annehmen, daß der Enterbte trotz Verwirklichung seines Pflichtteilsanspruches noch anfechten kann, womit ihm dann allerdings eine Pflicht zur Rückgewähr des auf Grund seines Pflichtteilsanspruches Empfangenen gemäß § 812 1 Satz 2 erwüchse. — Einigkeit besteht wohl darüber, daß eine einmal erklärte Anfechtung nicht zurückgenommen werden kann.[124]) Strittig ist nur, wann bei anderen Erklärungen, die nicht Rechtsgeschäfte, wie Anfechtung, Rücktritt usw. sind, sondern nur Gehorsam für ein bestehendes Recht, z. B. auf Schadenersatz usw. verlangen, die Möglichkeit zum Übergang erlischt.

Nach Riezler[125]) soll ebenso wie bei der Anfechtung, Rücktritt usw. der Berechtigte mit der Abgabe seiner Erklärung an diese gebunden sein, da die generelle Möglichkeit genügen müsse, daß der Schuldner an der Gebundenheit des Gläubigers an dessen einmal gewähltes Vorgehen ein „objektiv zu begründendes Interesse" habe. Diese Aufstellung überspannt aber den Rahmen des dem Schuldner zu gewährenden Schutzes. Treu und Glauben verlangen allerdings eine Bindung des Gläubigers, wenn der Schuldner z. B. auf sein Schadenersatzbegehren hin Aufwendungen gemacht und damit seine Bereitwilligkeit, dem Verlangen des Gläubigers nachzukommen, zum Ausdruck gebracht hat. Die generelle Möglichkeit, daß aus diesem Grunde ein Interesse des Schuldners an der Gebundenheit des Gläubigers besteht, kann aber nicht ausreichen, um dem Gläubiger sein Wahlrecht abzuschneiden. Riezler erkennt auch selbst a. a. O. an, daß seine Aufstellung im hohen Maße

---

[124]) Vgl. z. B. Kipp, Rechtswahrnehmung und Neurecht in der Festgabe für Koch 1903 S. 113; Enneccerus I 2 § 271 Anm. 11; Riezler „venire contra proprium factum" S. 150; R. G. 74 S. 1 ff.

[125]) A. a. O. S. 151. Ebenso Kisch: „Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit" S. 158 ff.

„unsicheres Recht" ist. Mit Kipp [126]) ist es vielmehr bei diesen Erklärungen, die anders als die Rechtsgeschäfte der Anfechtung und des Rücktritts usw. weder eine Rechtswirkung beabsichtigen noch herbeiführen, darauf abzustellen, ob der Erklärungsgegner seine Bereitschaft erklärt hat, dem Verlangen des Berechtigen Folge zu leisten. Ist dies der Fall, oder hat der Berechtigte sogar schon das Verlangte erhalten, dann kann dieser sich nicht mehr für eine andere Rechtsfolge erklären. [127]) [128])

Hinsichtlich des Verhältnisses von § 2303 und § 2339 I Nr. 3 bzw. § 2345 II ist zu sagen, daß der Enterbte grundsätzlich den Pflichtteilsanspruch ohne Rücksicht auf eine durchgeführte Erbunwürdigkeitsklage bzw. Pflichtteilsanfechtung verlangen kann oder umgekehrt nach Verwirklichung seines Pflichtteilsanspruches gemäß § 2339 I Nr. 3 bzw. § 2345 II anfechten kann. Die Zwecke der sich gegenüberstehenden Rechtsbehelfe sind völlig verschieden: Mit § 2303 soll die Testierfreiheit zugunsten naher Angehörigen des Erblassers beschränkt werden, während §§ 2339 I Nr. 3 2345 II auf die Ausschaltung des Erbschleichers zielen. Nur wenn durch die Erbunwürdigkeitsklage zugleich die den Enterbten ausschließende Verfügung beseitigt wird, kann dieser seinen Pflichtteil nicht mehr verlangen, da er ja dann selbst Erbe ist. Ebenso ist eine Anfechtung gemäß §§ 2339 I. Nr. 3, 2345 II. nach Durchführung ds Pflichtteilsanspruches ausgeschlossen, wenn der Enterbte dadurch keine Vergrößerung seines Pflichtteils erreichen kann (§ 2341).

c) Die Konkurrenz der erbrechtlichen Rechtsbehelfe und der Klage nach §§ 823 ff.

§ 9.

1. Das Verhältnis der Testamentsanfechtung und der Erbunwürdigkeitsklage zu der Klage nach §§ 823 ff.

Von ebenso großer praktischer Bedeutung für die Rechtsstellung des Enterbten wie die Frage nach dem Verhältnis der hauptsächlichen erbrechtlichen Rechtsbehelfe zueinander ist die Frage nach der Konkurrenz dieser beiden Rechtsbehelfe und des Anspruchs des Enterbten gemäß §§ 823 ff. gegen den Erbschleicher.

---

[126]) A. a. O. S. 126.

[127]) Ebenso Enneccerus I 2 § 271 Anm. 11; Planck 4. Aufl. 2 b zu § 325; Örtmann 5. Aufl. 2 b zu § 325 und die dort Genannten.

[128]) Aber er kann ev. Befriedigung eines weitergehenden Anspruchs insoweit verlangen, als dessen Ziel nicht durch Verwirklichung des konkurrierender Rechts erreicht ist. Vgl. unten S. 60, S. 63. Wer indessen in Kenntnis seines Anfechtungsrechts den Pflichtteil wählt, verzichtet auf es.

a) Hinsichtlich der Anfechtung nach § 2078 und des Deliktsanspruchs, auf die zunächst eingegangen werden soll, ergibt sich dies aus folgendem: Die Anfechtung nach § 2078 gibt zwar dem Enterbten die ihm nach dem unverfälschten Willen des Erblassers zukommende Stellung, ist aber in manchen Fällen nicht geeignet, den Zustand herzustellen, der ohne die arglistige Täuschung des Erblassers bestehen würde. Ist nämlich auf Grund der Täuschung neben dem Erbschleicher ein gutgläubiger Dritter zum Erben eingesetzt worden, so bestimmt sich dessen Herausgebepflicht bezüglich der Nutzungen nach §§ 2020, 2021. Hat nun der Enterbte erst nach längerer Zeit von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt, so würde dieser Umstand, wenn der Enterbte auf die Anfechtung des Testaments beschränkt wäre, zu einer nicht unerheblichen Schädigung für ihn führen können. Weiterhin läßt sich die praktische Tragweite dieser Konkurrenzfrage daran ermessen, daß der Enterbte, wenn ihm die Möglichkeit offensteht, in dem eben genannten Falle vorziehen würde, von seinem Anfechtungsrechte, das ihm doch nicht den Nachlaß ungeschmälert verschaffen kann oder doch erst in Verbindung mit einer Klage gemäß §§ 823 ff., gegen den Erbschleicher, überhaupt keinen Gebrauch zu machen und von vornherein den Erbschleicher wegen aller durch seine Handlungsweise verursachten Schäden gemäß §§ 823 ff. in Anspruch zu nehmen. Dazu kommt als weiterer beachtlicher Gesichtspunkt, daß die Anfechtung nach § 2078 gemäß § 2082 nur innerhalb einer einjährigen Ausschlußfrist erfolgen kann, während die Ansprüche aus unerlaubter Handlung einer dreijährigen Verjährungsfrist unterliegen.

Die Frage ist bisher im Schrifttum nur von Endemann [129]) und Haußmann [130]) behandelt worden. Nach diesen ist eine Deliktsklage neben der Testamentsanfechtung nur zuzulassen, soweit mit der Anfechtung der Schaden nicht beseitigt würde, dagegen soweit Anfechtung und Schadenersatzanspruch sich deckten, läge reine Gesetzeskonkurrenz [131]) vor und es käme nur Testamentsanfechtung in Betracht. Haußmann gibt in seiner Spezialdissertation eine ausführliche Begründung dafür. Er meint a. a. O. S. 39, 40, 41: „Das Anfechtungsrecht ist nichts anderes als eine Art der Naturalreparation, die § 249 statuiert. Denn hat jemand durch Täuschung einen anderen zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßt und muß er nach §§ 826, 249 den Zustand wiederherstellen, der ohne die Täuschung bestehen würde, so geht seine Ersatzpflicht in erster Reihe auf Beseitigung der Willenserklärung, also im Falle eines Vertragsschlusses infolge einer Täuschung (§ 123) auf Rückgängig-

[129]) Endemann III., 1 S. 5.
[130]) A. a. O. S. 33 ff.
[131]) Im Lent' und Hellwig'schen Sinne mit der Folge, daß nur ein Anspruch bzw. ein Recht entsteht.

machung des Vertrages, in unserem Falle auf Beseitigung des Testaments. Das Anfechtungsrecht hat aber genau dasselbe Ziel. Es handelt sich also um zwei Rechte, die inter easdem personas bei Gleichheit des Entstehungsgrundes dieselben Wirkungen herbeiführen sollen. Die beiden Rechtsbehelfe stehen infolgedessen im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz und es entsteht nur ein Anspruch. Da sich die beiden Bestimmungen nicht ergänzen, kann nur der eine Normenkomplex zur Anwendung kommen, und zwar ist dies § 2078 II bzw. § 123, da, wenn man sich für § 826 entscheiden würde, die §§ 123, 124 bzw. §§ 2078 II, 2082 praktisch bedeutungslos wären und aus dem Gesetz gestrichen werden könnten." Wie sich aus den eben wiedergegebenen Erörterungen ersehen läßt, stützt Haußmann sein Ergebnis auf Hellwigs Theorie von der Gesetzeskonkurrenz. Gesetzeskonkurrenz mit der Folge, daß nur ein Anspruch entsteht, soll nach Hellwig [132]) dann vorliegen, wenn der Entstehungsgrund der konkurrierenden Normen sowie der Inhalt und die Subjekte des Rechtsverhältnisses dieselben sind. Die Lehre Hellwigs ist aber — abgesehen davon, daß die von ihm an die eben geschilderten Voraussetzungen geknüpfte Folgerung, daß nur ein Anspruch entstehe, nach unseren Darlegungen S. 35 sich nicht rechtfertigen läßt — ohne jede praktische Bedeutung. Wie bereits oben S. 38 nachgewiesen, gibt es keinen Fall im Gesetz, in dem zwei Normen denselben Entstehungsgrund haben. Undenkbar aber ist, daß der Gesetzgeber, selbst wenn er zweimal denselben Tatbestand schaffen würde, an diese Tatbestände dieselben Rechtsfolgen knüpfen würde. Denn in diesem Falle würde die eine Regel nur eine einfache Wiederholung der anderen darstellen (vgl. S. 38). Die Richtigkeit der von uns vertretenen Ansicht, daß es keinen Fall im Gesetz gibt, in dem zwei Regeln tatbestandlich übereinstimmen, zeigt sich auch im vorliegenden Falle. Richtig an den Ausführungen Haußmanns ist zwar, daß sich die Zwecke der beiden Normen in der Hauptsache decken. [133]) Der Zweck beider ist die Aufhebung des Testaments. Aber eine Gleichheit ihres Entstehungsgrundes ist nicht vorhanden. Unter diesem ist die Gesamtheit der Umstände zu verstehen, die nach dem objektiven Recht zur Entstehung des Anspruchs bzw. Rechts gehören. [134]) Das Recht zur Anfechtung des Testaments setzt aber nicht wie der Anspruch aus unerlaubter Handlung voraus, daß ein Schaden entstanden ist, sondern knüpft sich an die Tatsache, daß der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung über den Eintritt oder Nichteintritt eines Umstandes irrte. Es handelt sich also, da auch weder § 2078 II. Spezialregel zu §§ 823 ff. ist, noch umgekehrt diese lex specialis zu §§ 2078 II sind, um einen Fall

[132]) Anspruch und Klagrecht S. 98, Lehrb. I. S. 266, System S. 323 ff.
[133]) So auch Schmidt a. a. O. S. 77.
[134]) So auch Hellwig, Lehrbuch I S. 263, Anspruch S. 90, Anm. 2.

sich schneidender Tatbestände. Da eine Häufung ihrer Rechtsfolgen wegen der zwischen ihnen bestehenden Zweckidentität ausgeschlossen ist, kann nur Verdrängung des einen oder wahlweise Anwendbarkeit beider Rechtsbehelfe in Frage stehen. Für eine Verdrängung der §§ 823 ff. könnte einmal der von Haußmann angeführte Gesichtspunkt sprechen, daß die §§ 123, 124 (§§ 2078 II, 2082) praktisch bedeutungslos würden, wenn die §§ 823 ff. anwendbar wären. Diese Ansicht vertritt auch das R. G. in der Entscheidung Band 63, S. 269. Von einem Illusorischwerden der einjährigen Ausschlußfrist bei Anwendbarkeit der Vorschriften über unerlaubte Handlungen kann jedoch keine Rede sein. §§ 124, 2082 werden insoweit nicht gegenstandslos, als die Rechtsfolgen der Anfechtung über die des Schadenersatzanspruches hinausgehen. Bedeutsam bleiben also die Beschränkungen der §§ 124, 2082 hinsichtlich dieses Unterschiedes. Die Rechtsfolgen der Anfechtung sind nun insofern günstiger als die des Deliktsanspruchs, als durch die Anfechtung der Enterbte Erbe, also Eigentümer bzw. Gläubiger der einzelnen Nachlaßgegenstände wird, während die §§ 823 ff. nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgängigmachung der eingetretenen Rechtsfolgen gegen den Schädiger geben. Dieser Unterschied wird besonders erheblich, wenn der Täuschende in Konkurs fällt; dann wäre der Schadenersatzanspruch nur Konkursforderung. Sind schon die Rechtsfolgen der Testamentsanfechtung für den Enterbten nicht nur unwesentlich günstiger als die Rechtsfolgen des Schadenersatzanspruches, so fehlt es auch an der weiteren Voraussetzung (vgl. oben S. 42), daß der Tatbestand des § 2078 nur in unwesentlicher Beziehung weiter ist als der der §§ 823 ff. Denn zur Anfechtung nach § 2078 II berechtigt jeder Motivirtum des Erblassers, nicht nur der auf arglistiger Täuschung beruhende. Das bedeutet aber eine erhebliche Erweiterung gegenüber dem Tatbestand der §§ 823 II (§ 263 St. G. B.), 826 BGB. Die Behauptung, daß die §§ 2078 II, 2082 bei Anwendbarkeit von §§ 823 ff. praktisch bedeutungslos werden, ist daher unrichtig. [135])

Haußmann meint nun a. a. O. S. 41, daß die von ihm verfochtene Ansicht nicht allein mit der Theorie von der Gesetzeskonkurrenz stehe oder falle. Denn das BGB. stehe auf dem Standpunkt, daß das Recht, selbst Naturalreparation vornehmen zu können (Anfechtung), dem Rechte, Wiederherstellung von einem anderen zu verlangen (Schadenersatzanspruch), vorgehe. Daß eine Rechtsordnung einen solchen Grundsatz enthält, ist durchaus denkbar. Für das BGB. ist aber das Bestehen eines solchen Grundsatzes zu leugnen. Aus keiner Gesetzesbestimmung läßt sich dieser Gedanke entnehmen. Dies gilt insbesondere von den von Haußmann zum Beweis angeführten §§ 123, 124 (2078 II, 2082). Selbst wenn

[135]) So auch R. G. 84. S. 133.

der von uns widerlegte Standpunkt richtig wäre, daß die einjährige Ausschlußfrist der §§ 124 (2082) illusorisch werden würde, wenn neben der Anfechtung noch ein Schadenersatzanspruch nach §§ 823 ff. mit einer dreijährigen Verjährungsfrist zugelassen wäre, würde man daraus doch nicht den von Haußmann aufgestellten Rechtsgrundsatz ableiten oder folgern können, daß die §§ 823 ff. überhaupt hinter §§ 123 ff. (2082 ff.) zurücktreten. In diesem Fall ließe sich eine Verdrängung des Deliktsanspruchs nur soweit rechtfertigen, als durch seine Zulassung die Ausschlußfrist des § 2082 bedeutungslos würde, d. h. also der Deliktsanspruch wäre nicht überhaupt ausgeschlossen, sondern nur soweit, als er nach Ablauf der einjährigen Ausschlußfrist des § 2082 geltend gemacht wird. [136])

Auch die Vorschriften der §§ 249, 254 BGB. lassen den von Haußmann behaupteten Standpunkt unserer Rechtsordnung nicht erkennen. §§ 249, 257 bestimmen, daß der zum Schadenersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und Geldersatz nur eintreten soll, soweit die Herstellung nicht möglich ist. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Schadenersatzberechtigte die Herstellung nicht verlangen darf, wenn er durch eigene Macht den rechtmäßigen Zustand herbeiführen kann. §§ 249, 251 sprechen nur von der Ersatzpflicht des Schuldners und treffen nur eine Regelung für dessen Verpflichtungen. Wenn auch die Rechte des Gläubigers durch diese Anordnung nicht unbeeinflußt bleiben, insofern, als er nur Geldersatz verlangen kann, soweit der Ersatzpflichtige Naturalherstellung zu gewähren nicht im Stande ist, so geht doch diese Wirkung auch nicht weiter. Anderenfalls würde dem Ersatzberechtigten die Last aufgebürdet werden, durch eigene Handlungen die Schadenszufügungen des Verpflichteten zu beseitigen. Während dieser untätig bleiben dürfte, wäre er der eigentlich Verpflichtete! Damit wäre aber der Sinn der Vorschriften in sein Gegenzeil verkehrt.

Nach alledem kann kein Zweifel bestehen, daß der Enterbte in seiner Wahl nicht beschränkt ist. Er kann entweder die Schadenersatzklage gegen den Erbschleicher anstrengen oder das Testament anfechten. Soweit er durch die Testamentsanfechtung nicht voll entschädigt wird, kann er den Schaden nach §§ 823 ff. einklagen. [137])

b) Was die Konkurrenz der §§ 2339 I Nr. 3, 823 ff. angeht, so handelt es sich hier ebenso wie bei der eben behandelten um einen Fall der sich schneidenden Tatbestände. Während aber dort Zweckidentität besteht, findet hier weder eine völlige noch eine teilweise

[136]) So auch R. G. 69, S. 269.

[137]) Die beiden Bestimmungen stehen also im Verhältnis der elektiven Konkurrenz. Für diese Bezeichnung Örtmann, Kom. § 230, 3.

Deckung der Zwecke statt. Die Erbunwürdigkeitsklage zielt auf die Ausschaltung des Erbunwürdigen, während die Deliktsklage die Aufhebung der den Enterbten ausschließenden letztwilligen Verfügung bezweckt. Danach taucht die Frage, ob die beiden Rechtsbehelfe im Verhältnis der Alternativität zueinander stehen oder ob der eine den anderen verdrängt, nicht auf, einer Häufung ihrer Rechtsfolgen steht nichts im Wege. Der Enterbte kann also zunächst die Erbunwürdigkeit geltend machen und dann noch Schadenersatz verlangen oder auch den umgekehrten Weg einschlagen.

Dieses Ergebnis erscheint Haußmann S. 35 als „dem Gedanken eines rechten Ausgleichs der Interessen geradezu zuwiderlaufend". Es mutet ihn absonderlich an, daß dem Erbunwürdigen, wenn der Enterbte auf Grund der §§ 826 und 2339 Nr. 3 klagt, einmal der gesamte Erbschaftserwerb unter Umständen zu Gunsten der übrigen im Testament Eingesetzten entzogen werden könne, und er außerdem dem Enterbten allen Schaden ersetzen soll. Nach diesen Erwägungen sollte man meinen, daß Haußmann die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. überhaupt für ausgeschlossen erklärt und den Enterbten allein auf die beiden Anfechtungsrechte verweist. Im Widerspruch zu seiner Betrachtung S. 35 kommt er aber auf S. 44 unter Berücksichtigung des verschiedenen Zweckgedankens der beiden Rechtsbehelfe zu dem Ergebnis, daß die §§ 823 ff. und § 2339 Nr. 3 sich für die Fälle ergänzen, in denen der Enterbte durch die Erbunwürdigkeitsklage — also gerade in dem oben genannten Beispiel! — keinen Ersatz seines Schadens erhält. Nur für die Fälle, in denen dem Enterbten durch die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit Ersatz des Schadens zuteil wird, nämlich ihm infolge der Ausschließung des Erbunwürdigen der ihm gebührende Teil des Nachlasses anfällt, kehrt er zu dem Grundsatz zurück, daß das Anfechtungsrecht, soweit das wirtschaftliche Ziel des Anfechtungsrechts und des Schadenersatzanspruches dasselbe ist, dem Schadenersatzanspruch vorgeht. Die Unrichtigkeit der letzteren Aufstellung haben wir bereits für die Konkurrenz der §§ 823 ff., § 2078 II nachgewiesen.

Das S. 59 f. Gesagte gilt auch hier. Daß die Bedenken gegen eine Zulassung des Deliktsanspruches neben der Erbunwürdigkeitsklage nicht so erheblich sein können, daß dies vom Standpunkt des billigen Ausgleichs der Interessen untragbar ist, läßt sich schon daraus erkennen, daß Haußmann trotz dieser Bedenken grundsätzlich zu dem von uns gefundenen Ergebnis kommt. Vor allem aber ergibt sich aus einem schon öfter erwähnten Gesichtspunkt, daß die prinzipielle Zulassung der Häufung der Rechtsbehelfe praktisch bedenkenfrei ist. Ist nämlich durch die Durchsetzung des einen Rechtsbehelfs zugleich der Zweck des anderen erreicht, so ist die Verwirklichung des letzteren wegen Zweckerreichung nicht mehr

möglich. Hat z. B. der Enterbte durch Klage nach §§ 823 ff. dem Erbunwürdigen den Nachlaß entrissen, so ist dessen Erbschaftserwerb vernichtet. Damit ist aber auch der Zweck der Anfechtung nach § 2339 I Nr. 3 erreicht. Das Anfechtungsrecht kann infolge von Zweckerreichung nicht mehr ausgeübt werden, der Erbunwürdige ist also gegen weitere Inanspruchnahme geschützt. Aus dem gleichen Grunde ist die Schadenersatzklage ausgeschlossen, wenn durch die Anfechtung nach 2339 I Nr. 3 der Schaden des Enterbten beseitigt wird. Letzteres ist immer der Fall - mag auch an sich der Nachlaß durch zufälligen Untergang verkleinert worden sein —, wenn der Enterbte infolge des Wegfalls des Erbunwürdigen mehr bekommt als ihm ohne die Täuschung des Erblassers zugefallen wäre.[138])

In den Fällen, in denen dagegen durch die Erbunwürdigkeitsklage seitens des Enterbten oder eines anderen nach § 2341 Berechtigten der Enterbte nichts bekommt, vielmehr der Erbteil des Erbschleichers den mit ihm unter Ausschluß der gesetzlichen Erbfolge Eingesetzten anwächst oder dem ihm bestimmten Ersatzerben zufällt, kann der Enterbte seinen Schaden nach § 823 ff. ersetzt verlangen.[139])

§ 10.

2. Das Verhältnis der §§ 2303, 2345 II zu §§ 823 ff.

a) Was zunächst die Frage nach dem Verhältnis des Pflichtteilsanspruches und des Anspruches aus §§ 823 ff. angeht, so kann nur Verdrängung des einen oder wahlweise Anwendbarkeit der beiden Rechtsbehelfe in Betracht kommen. § 2303 gibt dem Berechtigten nur bei Bestehen einer ihn von der gesetzlichen Erbfolge ausschließenden letztwilligen Verfügung den Pflichtteilsanspruch, während der Schadenersatzanspruch nach §§ 823 ff. gerade die Aufhebung dieser letztwilligen Verfügung bezweckt. Ein Pflichtteilsanspruch des Enterbten besteht also nach Durchsetzung des Schadenersatzanspruches ebensowenig mehr wie nach Beseitigung des ihn ausschließenden Testaments durch Anfechtung (vgl. oben S. 54).

Eine Verdrängung der §§ 823 ff. durch § 2303 findet nicht statt. Die Rechtsfolgen des Anspruchs nach § 2303 sind allerdings in allen Fällen ungünstiger als die des Schadenersatzanspruchs. Denn der Pflichtteilsberechtigte hat nur Anspruch auf die Hälfte des ihm zukommenden gesetzlichen Erbteils, während er nach §§ 823 ff. mindestens den auf ihn entfallenden gesetzlichen Erbteil bekommt.

---

[138]) Das ist dann der Fall, wenn der Enterbte und der Erbunwürdige die alleinigen gesetzlichen Erben sind. Dann bekommt der Enterbte statt des ihm zustehenden Erbteils den ganzen Nachlaß.

[139]) Die Stellung des Erbunwürdigen ist hier allerdings eine sehr ungünstige, verliert er doch die Erbschaft und muß er doch außerdem noch Schadenersatz leisten.

Aber die weitere Voraussetzung, daß der Tatbestand des § 2305 nur in ganz unwesentlichen Beziehungen weiter ist als der der §§ 823 ff., liegt nicht vor. Der Tatbestand der in Frage kommenden unerlaubten Handlung ist nur gegeben, wenn der Enterbte auf Grund arglistiger Täuschung enterbt worden ist, während der Anspruch nach § 2305 in jedem Fall eines Ausschlusses des Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung — mag diese auf Täuschung des Erblassers beruhen oder nicht — von diesem erhoben werden kann. Hiernach liegt der Tatbestand des § 2305 in vielen Fällen vor, in denen der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nicht gegeben ist. Der Tatbestand des § 2305 ist also nicht nur in unwesentlichen Beziehungen weiter als der der in Betracht kommenden unerlaubten Handlung.

Der Enterbte hat demnach das Recht, den einen oder den anderen der beiden Rechtsbehelfe zu wählen. Er kann Schadenersatz von dem Erbschleicher verlangen oder — wenn dieser Erbe ist — den Pflichtteil von ihm, anderenfalls von dem Erben fordern. Soweit sein Schaden durch den Pflichtteil nicht gedeckt ist, kann er den weiteren Schaden von dem Erbschleicher ersetzt verlangen.

b) Für die Konkurrenz der §§ 2345 II, 823 ff. gilt hinsichtlich des Verhältnisses der Zwecke der beiden Tatbestände dasselbe, was für die Konkurrenz der §§ 2339 I Nr. 3, 823 ff. gesagt ist (vgl. oben S. 60 f). Die Zwecke der beiden Rechtsbehelfe sind völlig verschieden. Nach der von uns vertretenen Anschauung steht also der Verwirklichung beider Rechtsfolgen nichts entgegen. Indessen erfährt die prinzipielle Zulassung der Häufung durch § 2341 in der Richtung eine Einschränkung, als die Möglichkeit der Häufung der beiden Rechtsbehelfe von der Reihenfolge ihrer Geltendmachung abhängig ist. Zwar steht dem Enterbten offen, zunächst den Pflichtteilsanspruch des Erbschleichers anzufechten und dann Schadenersatz von diesem zu verlangen. Unmöglich ist aber eine Verwirklichung beider Rechtsbehelfe, wenn der Enterbte den umgekehrten Weg einschlägt. Da durch die Erfüllung seines Schadenersatzanspruches seine sämtlichen übrigen Rechte infolge von Zweckerreichung untergehen, fehlt es dem Enterbten an der nach §§ 2345, 2341 erforderlichen Voraussetzung zur Pflichtteilsanfechtung, daß sie ihm — wenn auch nur mittelbar — Vorteil bringt.

Schluß.

§ 11.

Die Rechtsstellung des Enterbten nach Durchführung der ihm auf Grund der arglistigen Täuschung des Erblassers unmittelbar zustehenden Rechtsbehelfe.

Nicht mit der Durchführung jedes der dem Enterbten auf Grund der arglistigen Täuschung des Erblassers unmittelbar zustehenden Rechtsbehelfe, welche die Herstellung des ohne die Täuschung bestehenden Zustandes bezwecken, wird dieses Ziel notwendig erreicht. Hat der Enterbte den Schaden nach §§ 823 ff. eingeklagt, dann verschafft ihm die Zwangsvollstreckung das ihm Gebührende. Mit der Ausübung der Anfechtungsrechte nach §§ 2078 II, 2339 I Nr. 3 erlangt dagegen der Enterbte und nunmehrige Erbe nicht unbedingt den Nachlaß. Dieser kann in der Hand des Erbunwürdigen oder eines anfechtbar eingesetzten Dritten sein. Gegen diese [140]) hat der Enterbte den Erbschaftsanspruch gemäß §§ 2018 ff. Der Umfang der ihm auf Grund dieser Bestimmungen zustehenden Rechte läßt sich ohne weiteres aus dem Gesetze entnehmen. Besonders hervorzuheben sind jedoch das Recht des Enterbten gegen den Erbschaftsbesitzer auf Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände (§ 2027) und das Recht auf Auskunft über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände gegen den Hausgenossen (§ 2028), die dem Enterbten zur Verwirklichung des Erbschaftsanspruchs zur Seite stehen.

Fraglich könnte sein, wenn dem Enterbten die Herausgabe der Erbschaft unter Bestreitung seines Erbrechts verweigert wird, ob er in diesem Falle Klage auf Feststellung seines Erbrechts gemäß § 256 Z. P. O. erheben kann. Bedenken könnten hiergegen deshalb bestehen, weil das Vorliegen des nach § 256 Z. P. O. erforderlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung allgemein verneint wird, wenn der Berechtigte schon die Leistungsklage erheben kann, [141]) dem Enterbten aber bereits der Leistungsanspruch gegen den Erb-

[140]) Sowie gegen jeden, der irgend etwas aus der Erbschaft auf Grund eines vorgeblichen, in Wahrheit nicht bestehenden Erbrechts erlangt hat. Vgl. auch § 2030.

[141]) Vgl. Stein-Jonas § 256 III 5.

schaftsbesitzer zusteht.[142]) Indessen ergibt sich das nach § 256 Z. P. O. vorausgesetzte Interesse daraus, daß die Rechtskraft des Feststellungsurteils weiter reicht als die Rechtskraft des Herausgabeurteils. Der Enterbte könnte die Rechtskraft letzteren Urteils z. B. nicht zur Begründung des Anspruchs auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht (§ 2362) verwerten. Die Verbindungsmöglichkeit der Feststellungsklage und der Klage nach § 2018 ff. ist also zu bejahen.[143])

Neben Erbschaftsanspruch und Erbrechtsfeststellungsklage kommen gegen den Erbschaftsbesitzer als weitere Rechtsbehelfe des Enterbten und nunmehrigen Erben zur Erlangung des Nachlasses in Betracht: die condictio possessionis (§ 812) und der Anspruch aus § 861. Gegen den erbunwürdigen oder anfechtbar eingesetzten Erbschaftsbesitzer ist jedoch § 861 nicht gegeben. Wie bereits oben S. 46 festgestellt, übt derjenige, der auf Grund eines ihn berufenden — sei es auch anfechtbaren — Testaments den Nachlaß an sich nimmt, keine verbotene Eigenmacht. Die Fiktion der §§ 142, 2344, 857 kann daran nichts ändern.

Ist der Enterbte mit mehreren Miterben eingesetzt, dann kann er von dem Erbschaftsbesitzer nach § 2039 nur Herausgabe an alle Erben oder Hinterlegung bzw. Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer verlangen. Gegen seine Miterben, die sich allein im Besitz der Erbschaft befinden, kann er jedoch darauf nicht Klage erheben. Denn der Anspruch gegen die Miterben ist nicht ein Anspruch der zum Nachlaß gehört (§ 2039), sondern ein Anspruch auf einen Teil des Nachlasses. Der Enterbte muß vielmehr gegen seine Miterben auf Einlaß in den Mitbesitz klagen;[144]) erforderlich ist aber nicht, daß er den Anspruch gegen alle Erben gemeinschaftlich erhebt.[145])

Ist ein Testamentsvollstrecker nicht vorhanden oder soll dieser nach dem Willen des Erblassers die Teilung nicht vollziehen, so hat das Nachlaßgericht auf Antrag des Enterbten (oder eines Miterben) die Auseinandersetzung zu vermitteln (§ 86 F. G. G.). Ist die Zustimmung aller Beteiligten erreicht, oder gelten die im Auseinandersetzungstermin Ausgebliebenen als zustimmend bzw. sind die Widersprechenden auf Klage eines Miterben auf Einwilligung in den von ihm vorgelegten Teilungsplan rechtskräftig verurteilt, so

---

[142]) So verneint Kohler in Holtzendorff-Kohler Encyclopädie II S. 345 die Begründetheit einer Feststellungsklage.

[143]) So auch Kipp Erbrecht S. 206; Hellwig Anspruch S. 55, 56; Staudinger Bem. 1 zu § 2018; Planck Vorbem. 4 zu §§ 2018 ff.

[144]) R. G. Leipz. Z. 1914, 576 Nr. 5.

[145]) So auch Kipp a. a. O. § 67 Anm. 8; R. G. 95 S. 97 ff.

hat das Gericht die Auseinandersetzung zu bestätigen (§ 93 F. G. G.) Nach Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses findet gemäß § 98 F. G. G. gegen die Miterben die Zwangsvollstreckung statt.

Lebenslauf.

Als Sohn des Wäschereibesitzers Max Treppe wurde ich, Alfred Treppe, am 13. Januar 1904 zu Berlin geboren. Ich besuchte das Sophien-Realgymnasium in Berlin und verließ es Ostern 1923 mit dem Zeugnis der Reife. Am 17. April 1923 wurde ich bei der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin immatrikuliert und studierte daselbst 6 Semester Rechtswissenschaft. Am 7. und 10. März 1927 bestand ich am Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung und bin seit dem 28. März 1927 als Referendar im Bezirk des Kammergerichts tätig. Am 15. Juli 1929 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.